

Colloque du vendredi 15 novembre 2019

Concessions et privatisations : quelle articulation ?

*Un colloque organisé par la section du rapport et des études,
la section des finances et la section des travaux publics du Conseil d'État*



Sommaire

PROGRAMME	3
PRÉSENTATION DU COLLOQUE	4
PROPOS INTRODUCTIF ET PRÉSENTATION DU CADRE GÉNÉRAL	5
TABLE RONDE 1 : POURQUOI RECOURIR À DES OPÉRATEURS PRIVÉS ?	6
1. Problématique	6
2. Intervenants.....	6
TABLE RONDE 2 : COMMENT PRÉSERVER LES ÉQUILIBRES ?	8
1. Problématique	8
2. Intervenants.....	8
ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION	11
1. Concessions autoroutières et privatisations	11
1.1. Chronologie	11
1.2. Textes – Code de la voirie routière - Extraits	11
1.3. Jurisprudence	13
1.4. Autorité de la concurrence. Avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires.....	14
1.5. Cour des comptes – Communication à la commission des finances de l’Assemblée nationale – Les relations entre l’État et les sociétés concessionnaires d’autoroutes – juillet 2013 – Conclusion	15
1.6. Doctrine	16
2. Concessions aéroportuaires et privatisations	19
2.1. Chronologie	19
2.2. Comparaisons internationales.....	20
2.3. Textes – Code des transports – Extraits	20
2.4. Jurisprudence	25
2.5. Autorité de la concurrence – Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d’avis de l’Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et les infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français - Extraits.....	29
2.6. Cour des comptes – Rapport – Le processus de privatisation des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice – novembre 2008 - Extraits.....	33
2.7. Doctrine	34
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	36

PROGRAMME

9h30 – 9h50 – Séance d'ouverture

- **Bruno Lasserre**, vice-président du Conseil d'État

9h50 – 10h15 – Présentation du cadre général

- **Sophie Nicinski**, professeur de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

10h15 – 12h15 – Table ronde n°1 : Pourquoi recourir à des opérateurs privés ?

Président

- **Jean Gaeremynck**, président de la section des finances du Conseil d'État

Intervenants

- **David Azéma**, associé chez Perella Weinberg Partners
- **Gilles Carrez**, député du Val-de-Marne, membre de la commission des finances
- **Marc Legrand**, directeur des concessions du groupe Eiffage
- **Stéphane Saussier**, professeur d'économie à l'Institut d'administration des entreprises de Paris (IAE), université Panthéon-Sorbonne, directeur de la chaire de recherche sur l'économie des partenariats public-privé
- **Marcel G. Zuckschwerdt**, directeur général adjoint de l'Office fédéral de l'aviation civile suisse, chef de la division stratégie et politique aéronautique

12h30 – 14h00 - Déjeuner libre

14h00 – 16h00 – Table ronde n°2 : Comment préserver les équilibres ?

Président

- **Philippe Martin**, président de la section des travaux publics du Conseil d'État

Intervenants

- **Daniel Bursaux**, directeur général de l'Institut national de l'information géographique et forestière (IGN), ancien directeur général des infrastructures, des transports et de la mer (DGITM)
- **Rainier d'Haussonville**, secrétaire général du groupe SANEF
- **Thierry Laloum**, avocat au barreau de Paris, associé au sein du cabinet Willkie Far & Gallagher LLP
- **Irène Luc**, vice-présidente de l'Autorité de la concurrence
- **Anne Yvrande-Billon**, vice-présidente de l'Autorité de régulation des transports (ART)

16h00 – 16h30 – Conclusion des débats

- **Jean Gaeremynck**, président de la section des finances du Conseil d'État
- **Philippe Martin**, président de la section des travaux publics du Conseil d'État

PRÉSENTATION DU COLLOQUE

Les Entretiens du Conseil d'État en droit public économique

- Ce colloque s'inscrit dans le cadre des **Entretiens du Conseil d'État en droit public économique**.
- **Le juge administratif, par son rôle consultatif et juridictionnel, est au cœur des débats économiques.** L'importance du droit public économique et le rôle des juridictions administratives échappent le plus souvent aux non spécialistes. Pourtant, des pans entiers de l'activité économique sont régis par le droit public. Il s'agit notamment du droit fiscal, du contrôle croissant des pratiques anticoncurrentielles au sein de l'administration particulièrement en matière de passation de contrats de la commande publique, du statut des entreprises publiques, de la tarification de biens ou services dans les secteurs les plus divers, de la valorisation par les personnes publiques de leur patrimoine, des grands investissements publics ou encore de la fiscalité internationale. Ces thèmes sont abordés à la lueur des évolutions récentes du droit communautaire, dont le juge administratif est le juge de droit commun.
- **Le Conseil d'État est un acteur à part entière des évolutions de l'économie nationale**, comme en témoigne l'avis de la section des finances du 21 décembre 2000 qui a préfiguré la réforme de la loi organique relative aux lois de finances. Au titre de sa fonction consultative, ses avis contribuent à faire évoluer le cadre juridique de la concurrence, le statut des entreprises publiques, le code des marchés publics, la fiscalité...
- **Il s'agit d'instaurer et nourrir un dialogue suivi avec les acteurs du droit public économique.** Le bon accomplissement de la mission du Conseil d'État implique, à ce titre, d'organiser un dialogue périodique avec les acteurs du droit public économique (administrations, cabinets d'avocats, fiscalistes, magistrats, directions juridiques d'entreprises, universitaires etc.) et de vérifier la lisibilité de ce droit mais également de permettre à ces acteurs de faire valoir les améliorations ou clarifications qu'il serait souhaitable de lui apporter.
- **Pour mémoire**, le cycle des entretiens en droit public économique, inauguré en 2007, a donné lieu à quatorze colloques intitulés « L'abus de droit en matière fiscale » (7 mars 2007) ; « Les aides d'État » (14 mars 2008) ; « Quels contrôles pour les concentrations des entreprises : activité et perspectives » (20 juin 2008) ; « Contrat de partenariat, marché public, délégation de service public... Que choisir et comment choisir ? » (16 décembre 2008) ; « La fiscalité environnementale » (17 juin 2009) ; « Quelle tarification pour les services liés à l'usage d'infrastructures ? » (16 décembre 2009) ; « Pouvoirs publics et concurrence » (7 mai 2010), « La valorisation économique des propriétés des personnes publiques » (6 juillet 2011), « Le patrimoine immatériel des personnes publiques » (16 mars 2012), et « Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique » (24 septembre 2013, en hommage à Marie-Dominique Hagelsteen), « La fiscalité sectorielle » (5 juin 2015) ; « Les entreprises publiques » (10 juin 2016) et « Les grands investissements publics » (20 octobre 2017) ; « La fiscalité internationale » (1^{er} décembre 2018).

Le colloque sur : Concessions et privatisations : quelle articulation ?

Les grandes infrastructures ont longtemps été gérés par l'État ou par des opérateurs publics, dans le cadre d'un régime de régie, de droits exclusifs ou de concession.

Leur gestion est de plus en plus souvent confiée à des opérateurs privés. Pourquoi ? Et en particulier, pourquoi privatiser les opérateurs publics dans les secteurs dont la gestion relève d'un régime de concessions (autoroutes, aéroports, etc...) ? Dans ce cas, comment veiller à l'intérêt général et à l'intérêt des usagers ?

PROPOS INTRODUCTIF ET PRÉSENTATION DU CADRE GÉNÉRAL

Bruno Lasserre



Vice-président du Conseil d'État

Bruno Lasserre est né le 4 janvier 1954 à Talence (Gironde). Titulaire d'un diplôme de sciences politiques de l'Institut d'études politiques de Bordeaux (1974) et d'une licence de droit de l'université de Bordeaux (1975), Bruno Lasserre est un ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « Pierre Mendès France » (1978). À l'issue de sa scolarité à l'ENA, il rejoint le Conseil d'État où il exerce les fonctions de rapporteur à la section du contentieux (1978-1981), responsable du centre de documentation et de recherche juridique (1981-1984), puis de rapporteur public (1984-1986). Après huit années passées au Conseil d'État, il rejoint en 1986 le ministère des postes et télécommunications, dont il devient, en 1989, directeur de la réglementation générale avant d'assurer les fonctions de directeur général des postes et des télécommunications de 1993 à 1997. En 1998, il revient au Conseil d'État comme assesseur à la 10^{ème} chambre de la section du contentieux avant d'en présider, pendant trois ans, la 1^{ère} chambre, puis d'occuper, de 2002 à 2004, les fonctions de président adjoint de la section du contentieux. Parallèlement à ces fonctions, il siège au collège du Conseil de la concurrence de 1998 à 2004, avant d'en devenir le président le 28 juillet 2004, fonction qu'il occupera durant près de douze ans, à la tête successivement du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence. En octobre 2016, Bruno Lasserre revient au Conseil d'État comme président de la section de l'intérieur. Parallèlement, il est nommé, en avril 2017, président du comité de règlements des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, fonction qu'il occupe jusqu'en septembre 2018. Bruno Lasserre a été nommé vice-président du Conseil d'État le 16 mai 2018 et a pris ses fonctions le 29 mai 2018.

Sophie Nicinski



Professeure de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Sophie Nicinski est professeur agrégé de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et membre du conseil d'administration de l'université Paris 1. Elle est par ailleurs membre du comité de rédaction de la Revue française de droit administratif (RFDA), rubrique *Droit public de l'économie*, et du Comité du bulletin juridique des contrats publics (BJCP), responsable de la rubrique droit public économique pour la revue AJDA (l'Actualité juridique droit administratif), elle rédige également la Chronique « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation » de l'AJDA. Sophie Nicinski a été présidente de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) de 2011 à 2016.

TABLE RONDE 1 : POURQUOI RECOURIR À DES OPÉRATEURS PRIVÉS ?

1. Problématique

La gestion des grandes infrastructures est de plus en plus souvent transférée des opérateurs publics aux opérateurs privés, par différents mécanismes : suppression de droits exclusifs, attribution des concessions, privatisation des opérateurs (titulaires de droits exclusifs ou de concessions). La loi du 22 mars 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises organise la privatisation d'Aéroports de Paris et l'exploitation des aérodromes qu'il gère selon un régime qui s'apparente à une concession.

Pourquoi recourir à des opérateurs privés ? Et en particulier, pourquoi privatiser les opérateurs publics ?

2. Intervenants

Président

Jean Gaeremynck



Président de la section des finances du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « Voltaire », Jean Gaeremynck a débuté sa carrière au Conseil d'État en 1980. Il y a occupé des fonctions à la section du contentieux, où il a notamment été commissaire du Gouvernement puis assesseur, mais aussi à la section sociale et au centre de documentation. Conseiller juridique du Président de la République du Sénégal de 1985 à 1989, il a également exercé des responsabilités au sein de l'administration française : directeur adjoint, puis directeur du cabinet du garde des Sceaux (1993-1995), directeur de la population et des migrations au sein du ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale (1997-2005), délégué général à l'emploi et à la formation professionnelle au ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi (2005 à 2008). Par ailleurs, en 2012-2013, il a été administrateur provisoire de l'Institut d'études politiques de Paris. Jean Gaeremynck est président de la section des finances du Conseil d'État depuis novembre 2017 et, à ce titre, vice-président de la Cour de discipline budgétaire et financière. Il est également président du conseil d'administration de l'Agence nationale du contrôle du logement social et membre de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

Intervenants

David Azéma



Associé chez Perella Weinberg Partners

David Azéma est associé chez Perella Weinberg Partners et chargé du développement des activités en France. Avant de rejoindre Perella Weinberg Partners, David Azéma était président de Global Infrastructure et vice-président, Global Corporate and Investment Banking Europe chez Bank of America Merrill Lynch. De 2012 à 2014, David Azéma a été directeur général, commissaire aux participations de l'État à l'Agence des participations de l'État (APE) où il a supervisé les participations de l'État français dans des entreprises stratégiques, notamment EDF, Engie, Orange, Renault, Safran et Airbus. Auparavant, il a été PDG de Keolis, un leader mondial du transport en commun, directeur général adjoint du groupe SNCF, un des principaux groupes français de transport et de logistique, directeur général de Vinci Concessions, la division infrastructure de Vinci, une entreprise mondiale de concessions et de construction et PDG d'Eurostar Group Ltd., le service ferroviaire passagers à grande vitesse entre le Royaume-Uni et l'Europe continentale. Titulaire d'une licence en droit, David Azéma est diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA).

Gilles Carrez**Député du Val-de-Marne, membre de la commission des finances**

Diplômé de l'École des hautes études commerciales de Paris (HEC) et de l'École nationale d'administration (ENA), Gilles Carrez a été maire du Perreux-sur-Marne de 1992 à 2016 et 2ème vice-président de la Métropole du Grand Paris en charge des finances, de la création de cette collectivité à 2017). Il est député du Val-de-Marne depuis 1993. Gilles Carrez a été l'instigateur de la loi qui porte son nom et qui fut votée en 1996 (celle-ci protégeant les acquéreurs de logements). Ancien rapporteur général (2002 à 2012), puis président (2012 à 2017) de la commission des finances à l'Assemblée nationale, Gilles Carrez a été aussi président du Comité des finances locales et du Conseil d'orientation des finances publiques. Il est reconnu par ses pairs comme étant l'un des meilleurs experts du budget et des finances de l'État.

Marc Legrand**Directeur des concessions du groupe Eiffage**

Ancien élève de l'École polytechnique et ingénieur du corps des Ponts et Chaussées, Marc Legrand a débuté sa carrière au sein de la fonction publique où il a exercé différentes missions dont celles d'adjoint puis chef du service du charbon au ministère de l'industrie (1984-87), de conseiller technique pour les transports terrestres au cabinet du ministre délégué chargé des transports (1987-88), et de conseiller auprès du directeur de l'eau et de la propreté à la Mairie de Paris (1988-89). Au sein du groupe Eiffage, il est directeur de département à la direction des grands travaux (1989-93), directeur régional Ile-de-France travaux publics (1993-97) et directeur des grands travaux (1997-2000) de la société Quillery (filiale). Marc Legrand est ensuite directeur général de la Compagnie Eiffage du Viaduc de Millau (filiale) (2001-05), vice-président puis président de TP Ferro (filiale) (2005-11), et président d'Eiffage Rail Express depuis 2001. À ce titre, il devient membre du comité exécutif du groupe Eiffage. Depuis le 1er septembre 2017, Marc Legrand est directeur des concessions du groupe Eiffage.

Stéphane Saussier**Professeur d'économie à l'IAE Paris, directeur de la chaire de recherche sur l'économie des partenariats public-privé**

Stéphane Saussier est professeur à l'IAE Paris où il dirige la chaire sur l'économie des partenariats public-privé. Spécialiste de renommée internationale en économie des partenariats public-privé, il a récemment écrit, avec Jean Tirole (prix Nobel d'économie 2014), un rapport pour le Conseil d'analyse économique présentant des prescriptions afin d'améliorer l'efficacité de la commande publique. Il a publié plusieurs ouvrages ainsi qu'une cinquantaine d'articles dans des ouvrages et dans des revues à comité de lecture. Il est régulièrement mobilisé pour des rapports d'expertise (OCDE, Parlement européen, ...).

Marcel G. Zuckschwerdt**Directeur général adjoint de l'Office fédéral de l'aviation civile suisse, chef de la division stratégie et politique aéronautique**

Marcel G. Zuckschwerdt est titulaire d'une licence en droit de l'université de Genève et d'un diplôme en développement d'entreprise de la Haute École Spécialisée de la Suisse du Nord-ouest. Après avoir travaillé dans différents postes à responsabilité dans le domaine des migrations au sein du ministère de la justice, Il a rejoint l'Office fédéral de l'aviation civile en 2001. Il dirige depuis 2005 la Division stratégie et politique aéronautique et occupe la fonction de directeur général adjoint. Cette Division traite, entre autre, des demandes de concession et d'autorisation d'exploitation des aéroports et approuve leurs règlements d'exploitation, est chargée de la conception du droit aérien national et coordonne la participation de la Suisse à l'élaboration des normes internationales. Elle se charge également de la conclusion d'accords bilatéraux et multilatéraux, contrôle la viabilité économique des compagnies aériennes et des aéroports et exerce la surveillance sur les systèmes de redevance de ces derniers. Il est membre fondateur de la fondation myclimate (2002-2017) et a été membre de 2009 à 2016 du Conseil d'administration de l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA). Il représente aujourd'hui la Suisse au Comité du ciel unique européen (Single Sky Committee, SSC) et siège depuis 2005 au Conseil d'administration de l'aéroport binational de Bâle-Mulhouse.

TABLE RONDE 2 : COMMENT PRÉSERVER LES ÉQUILIBRES ?

1. Problématique

Dans le cas de la privatisation d'entreprises dont la gestion relève d'un régime de concessions, la préservation des équilibres entre l'intérêt général, la qualité du service rendu aux usagers et les incitations données aux entreprises concessionnaires repose sur le cadre contractuel, sur le suivi et la gestion du contrat, sur le droit de la concurrence, et le cas échéant sur une régulation sectorielle.

Quels sont les points-clés de cet équilibre et comment ces outils permettent-ils de les préserver ?

2. Intervenants

Président

Philippe Martin



Président de la section des travaux publics du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et titulaire d'un diplôme d'études approfondies de droit des affaires (université Panthéon-Assas), Philippe Martin est ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Droits de l'homme). Il commence sa carrière au Conseil d'État en 1981, à la section du contentieux et à la section sociale. Commissaire du gouvernement puis assesseur à la section du contentieux entre 1985 et 1999, il a également été affecté à la section des finances. Il a présidé la neuvième sous-section du contentieux de 1999 à 2004, avant d'être nommé président adjoint de la section du contentieux. Il a également été vice-président du tribunal des conflits de 2008 à 2010. Il a par ailleurs exercé à l'extérieur du Conseil d'État les fonctions de conseiller technique auprès du secrétaire général du Gouvernement de 1989 à 1992. Il a été membre de la Commission des participations et des transferts (2008-2019) et membre du Conseil des prélèvements obligatoires (2010-2014). Il préside la section des travaux publics du Conseil d'État depuis 2012.

Intervenants

Daniel Bursaux



Daniel Bursaux © Bernard Suart / MEDDE - MLETR

Directeur général de l'IGN, ancien directeur général des infrastructures, des transports et de la mer

Daniel Bursaux dirige l'institut national de l'information géographique et forestière (IGN) depuis le 5 novembre 2014. Son mandat a été renouvelé pour 4 ans en novembre 2018. Précédemment, et depuis juillet 2008, Daniel Bursaux a exercé les fonctions de directeur général des infrastructures, des transports et de la mer au ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, après avoir été directeur général de la mer et des transports. De novembre 2005 à avril 2007, il a été directeur adjoint puis directeur du cabinet du ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer. De 2001 à 2005 Daniel Bursaux a été directeur général des services de la région Alsace, après avoir exercé une fonction similaire au conseil général du Bas-Rhin pendant six ans. Il avait auparavant, de 1993 à 1995, assumé la fonction de conseiller technique au cabinet du ministre délégué à l'aménagement du territoire et aux collectivités locales. Diplômé de l'École polytechnique, Daniel Bursaux est ingénieur général des ponts, des eaux et des forêts et titulaire d'un Master of Science du Massachusetts Institute of Technology (MIT).

Rainier d'Haussonville**Secrétaire général du groupe SANEF**

Le parcours professionnel de Rainier d'Haussonville, marqué par l'alternance entre la sphère publique et l'entreprise, le rend particulièrement sensible aux équilibres vertueux à trouver entre concédant et concessionnaire. Rainier d'Haussonville a débuté son parcours professionnel comme auditeur à la Cour des comptes (2000-2004), période durant laquelle ses missions au sein de la juridiction ont été principalement consacrées au suivi de politiques régaliennes de l'État (ministère de l'intérieur et ministère de la justice). De retour à la Cour entre 2015 et 2019, ses missions ont notamment porté sur l'organisation des services déconcentrés de l'État. Conseiller financier adjoint du secrétaire général des affaires européennes en 2004, il a été nommé conseiller technique pour les affaires économiques européennes au cabinet du Premier ministre de 2005 à 2007. Après cette double expérience de contrôle de la gestion publique et de négociation de textes européens organisant le marché intérieur et l'ouverture à la concurrence, Rainier d'Haussonville a fait le choix de rejoindre un opérateur privé gestionnaire de services d'intérêt général. Il a ainsi rejoint Veolia Eau en 2008 en qualité de directeur des affaires européennes, puis a été directeur des affaires publiques du Groupe Veolia de 2010 à 2014. À ce titre, il a participé à la conception et à la mise en œuvre de la stratégie règlementaire du groupe lors de la révision des directives marchés publics et concession. Il s'est impliqué également dans le déploiement de contrats de concession à financement mixte, privé et public, dans le domaine de l'environnement. Depuis 2019, il est secrétaire général du groupe Sanef, concessionnaire des réseaux autoroutiers Sanef (Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France) et Sapn (Société des autoroutes Paris Normandie).

Thierry Laloum**Avocat au barreau de Paris, associé au sein du cabinet Willkie Far & Gallagher**

Thierry Laloum est l'associé responsable du département Droit public du cabinet Willkie Farr & Gallagher LLP à Paris. Avocat au barreau de Paris, titulaire du DEA de droit privé de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Thierry Laloum est aussi diplômé de l'Institut d'études politiques de Lyon. Avant de rejoindre Willkie Farr & Gallagher LLP en 2010, Thierry était associé du cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer LLP depuis 2001 où il était en charge du département Droit public / Droit de l'environnement. Thierry Laloum assiste de nombreux clients publics et privés en droit public des affaires, notamment en matière de concessions de service public, de contrats de partenariat et de financement de projets (dans le domaine des transports notamment). Il intervient depuis quelques années de plus en plus sur des contentieux ou précontentieux entre cocontractants, en particulier face à l'État ou ses établissements publics. Il a ainsi développé une pratique reconnue en matière de règlement des litiges nés de l'exécution de contrats publics.

Irène Luc**Vice-présidente de l'Autorité de la concurrence**

Irène Luc est magistrat de l'ordre judiciaire. Installée en février 1990 comme juge d'instance à Tulle, elle rejoint en 1992 le ministère de la justice où elle reste jusqu'en 1996, en qualité de magistrat à l'administration centrale de la justice (MACJ), à la direction des affaires criminelles et des grâces. Entrée en détachement au Conseil de la concurrence, elle occupe successivement les fonctions de rapporteur, rapporteur général adjoint, chef du service juridique, jusqu'en 2011, le Conseil étant devenu l'Autorité de la concurrence. Affectée en 2011 à la Cour d'appel de Paris comme conseiller, elle est nommée présidente de la chambre 5-4 de cette Cour en 2016 (distribution-concurrence). Irène Luc a été nommée vice-présidente de l'Autorité de la concurrence en avril 2019. Elle a exercé comme professeur associé à la faculté de Versailles-Saint-Quentin de 2016 à 2019 et a fait partie du collège de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA).

Anne Yvrande-Billon

Credit G. Rolle

**Vice-présidente de l'Autorité de régulation des transports (ART)**

Anne Yvrande-Billon a été nommée vice-présidente de l'Autorité de régulation des transports (ART) en novembre 2014 et préside actuellement le bureau du *Network of Economic Regulators* (NER) de l'OCDE. À l'Autorité de la concurrence, où elle travaillait auparavant (2011-2014), elle a occupé le poste d'économiste sénior puis celui d'adjointe au chef du service des concentrations. Avant de rejoindre l'Autorité de la concurrence, elle était conseillère scientifique au Conseil d'analyse économique (CAE), un organe consultatif indépendant placé auprès du Premier ministre. Anne Yvrande-Billon est titulaire d'un doctorat en sciences économiques de l'université Paris Sorbonne, où elle est maîtresse de conférences depuis 2003. Ses travaux de recherche et publications portent principalement sur l'économie des contrats et la régulation des industries de réseaux, en particulier le secteur des transports.

ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION

1. Concessions autoroutières et privatisations

1.1. Chronologie

18 avril 1955. Loi n° 55-435 portant statut des autoroutes. Elle prévoit que la DUP peut « *dans des cas exceptionnels, décider que la construction et l'exploitation d'une autoroute seront concédées par l'État à une collectivité publique, à un groupement de collectivités publiques, ou à une chambre de commerce, ou à une société d'économie mixte dans laquelle les intérêts publics sont majoritaires* ». Dans ce cas, la convention de concession et le cahier des charges, approuvés par décret en conseil d'État, peuvent autoriser le concessionnaire à percevoir des péages.

1956-1963. Création de 5 sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes (SEMCA) – ESCOTA, ASF, SAPRR, SAPN, SANEF – et de la société du tunnel routier sous le mont Blanc (ATMB).

27 décembre 1969. La loi n° 69-1161 du 24 décembre 1969 portant loi de finances pour 1970 modifie la loi de 1955 en permettant la concession à des sociétés à capitaux majoritairement privés.

1970. Constitution de Cofiroute, d'AREA, d'APEL et d'ACOBA.

1982. ACOBA, AREA et APEL, qui connaissent des difficultés financières, sont intégrées à la sphère publique.

1989-1993. La directive « travaux » n° 89/440/CEE du 18 juillet 1989, la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 prise pour sa transposition et la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (dite « loi Sapin ») instaurent une obligation de mise en concurrence des nouvelles concessions d'autoroutes.

1994. Recapitalisation des 6 plus grandes SEMCA et regroupement en 3 groupes régionaux, autour d'ASF, de SANEF et de SAPRR.

2006. Décrets du 2 février, du 16 février et du 8 mars 2006 autorisant la privatisation de SANEF, d'APRR et d'ASF. Les participations sont cédées respectivement à Vinci, à un consortium mené par le groupe espagnol Abertis (lui-même sous le contrôle de l'italien Atlantia depuis 2018), et à Eiffage et Macquarie. Seules ATMB et la société française du tunnel routier du Fréjus demeurent détenues par des capitaux majoritairement publics.

17 août 2015. La loi n° 2015-992 pour la croissance et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron ») étend le champ d'intervention de l'ARAFER au secteur routier concédé (avis sur les projets de contrats de concession et leurs avenants ayant une incidence sur les tarifs de péage ou sur la durée des conventions, contrôle des procédures de passation de marchés par les concessionnaires) et supprime la possibilité d'allonger la durée des concessions en cas d'intégration de nouveaux ouvrages à leur assiette.

1.2. Textes – Code de la voirie routière - Extraits

Titre II. Voirie nationale

Chapitre II. Autoroutes

Section I. Dispositions générales

Article L. 122-1. Les autoroutes sont des routes sans croisement, accessibles seulement en des points aménagés à cet effet et réservées aux véhicules à propulsion mécanique. (...)

Article L. 122-4. L'usage des autoroutes est en principe gratuit.

Toutefois, il peut être institué par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Autorité de régulation des transports, un péage pour l'usage d'une autoroute en vue d'assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées à la construction, à l'exploitation, à l'entretien, à l'aménagement ou à l'extension de l'infrastructure.

En cas de délégation des missions du service public autoroutier, le péage couvre également la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le délégataire.

Des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges de la délégation peuvent être intégrés à l'assiette de celle-ci, sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité, ainsi que de leur

caractère accessoire par rapport à l'ouvrage principal. Leur financement ne peut être couvert que par une augmentation des tarifs de péages, raisonnable et strictement limitée à ce qui est nécessaire. Le cas échéant, l'État et les collectivités territoriales intéressées, dans le cadre des règles prévues dans le code général des collectivités territoriales, peuvent, à titre exceptionnel, apporter des concours. Un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Autorité de régulation des transports, fixe les conditions d'application de ces dispositions.

La convention de délégation et le cahier des charges annexé fixent les conditions dans lesquelles le délégataire exerce les missions qui lui sont confiées par l'État et en contrepartie desquelles il est autorisé à percevoir des péages. Ces actes sont approuvés par décret en Conseil d'État, le cas échéant dans les conditions prévues à l'article L. 122-8. Le cahier des charges prévoit un dispositif de modération des tarifs de péages, de réduction de la durée de la concession ou d'une combinaison des deux, applicable lorsque les revenus des péages ou les résultats financiers excèdent les prévisions initiales. En cas de contribution de collectivités territoriales ou de l'État au financement de la délégation, ce dispositif peut, à la place ou en complément, prévoir un partage d'une partie des résultats financiers de la délégation au profit de l'État et des collectivités territoriales contributrices. Un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application de ce dispositif.

La différenciation dans les abonnements proposée par les concessionnaires d'autoroutes afin de favoriser les véhicules à très faibles émissions dont le poids total autorisé en charge est inférieur à 3,5 tonnes ainsi que les véhicules utilisés en covoiturage est mise en œuvre sous la responsabilité des concessionnaires sans modification du rythme d'évolution des tarifs de péage et sans augmentation de la durée des concessions autoroutières.

Le produit du péage couvre ses frais de perception. (...)

Section 3 : Régulation des tarifs de péage.

Article L122-7 *Modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 - art. 1*

L'Autorité de régulation des transports mentionnée à l'article L. 2131-1 du code des transports veille au bon fonctionnement du régime des tarifs de péage autoroutier.

Article L122-8 *Modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 - art. 1*

L'Autorité de régulation des transports est consultée sur les projets de modification de la convention de délégation, du cahier des charges annexé ou de tout autre contrat lorsqu'ils ont une incidence sur les tarifs de péage ou sur la durée de la convention de délégation. Elle est aussi consultée sur tout nouveau projet de délégation. Elle vérifie notamment le respect de l'article L. 122-4. Elle se prononce dans un délai de trois mois à compter de sa saisine.

Article L122-9 *Modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 - art. 1*

L'Autorité de régulation des transports établit, au moins une fois tous les cinq ans, un rapport public portant sur l'économie générale des conventions de délégation.

L'Autorité de régulation des transports établit annuellement une synthèse des comptes des concessionnaires. Cette synthèse est publique et transmise au Parlement.

En outre, l'Autorité de régulation des transports assure un suivi annuel des taux de rentabilité interne de chaque concession.

Article L122-10 *Créé par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 - art. 13*

Les revenus additionnels des tarifs de péages résultant des modifications mentionnées à l'article L. 122-8 couvrent, outre les dépenses de toute nature mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 122-4, l'amortissement des capitaux investis par le délégataire ainsi qu'une rémunération raisonnable et conforme aux conditions du marché, tels qu'ils peuvent être évalués avant la conclusion de l'avenant.

Article L122-11 *Modifié par l'ordonnance n°2019-761 du 24 juillet 2019 - art. 1*

Les modalités d'application de la présente section sont précisées par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Autorité de régulation des transports.

1.3. Jurisprudence

Conseil d'État, Section, 27 septembre 2006, M. Bayrou et Association de défense des usagers des autoroutes publiques de France, n° 290716, 290718, 291137, 293276.

Analyse: Le Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, prévoit en son neuvième alinéa que "tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité". L'exploitation d'une entreprise ne peut avoir les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait au sens de ces dispositions que si elle est exercée à l'échelon national. Aucune des sociétés d'autoroute, chargées de la construction et de l'exploitation de réseaux autoroutiers selon le régime prévu à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, ne s'est vu attribuer de concession, à l'échelon national, pour l'ensemble des autoroutes. Aucune d'entre elle n'a donc le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait au sens des dispositions du 9ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

Chronique de Claire Landais et Frédéric Lenica, « Légalité des décrets autorisant la privatisation des autoroutes », AJDA 2006, p. 2056 (extrait)ÉÉ

L'autre intérêt majeur de la décision a trait au droit des privatisations. La décision apporte en effet d'utiles précisions sur le maniement du 9e alinéa du préambule de la Constitution de 1946, lequel dispose que « tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

Les requérants soutenaient notamment que l'exploitation des autoroutes étant un service public national et un monopole de fait, cette activité ne pouvait pas du tout être privatisée. Pris au pied de leur lettre, les motifs de la décision commentée semblent ne révéler aucune position de principe du Conseil d'État quant à l'interprétation du 9e alinéa du préambule : le moyen est écarté au motif, de pur fait, qu'aucune société d'autoroute n'exerce son activité au niveau national.

La motivation retenue n'est toutefois pas totalement anodine.

Elle révèle d'abord, en creux, alors que le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé expressément sur ce point, que la notion de monopole de fait s'apprécie elle aussi à l'échelon national.

Rapprochée des très éclairantes conclusions d'Emmanuel Glaser, elle nous semble également marquer le souhait du Conseil d'État d'épouser la position du Conseil constitutionnel sur les possibilités de privatisation des « services publics nationaux ». Comme l'a démontré le commissaire du gouvernement, cette catégorie recouvre en réalité deux notions distinctes : celle que la doctrine dénomme les « services publics constitutionnels », et que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a d'abord mis en avant : leur existence résulte du texte même de la Constitution, ce qui interdit leur privatisation ; et celle regroupant les activités désignées comme telles par le législateur, dont la privatisation est possible moyennant une intervention préalable du Parlement leur retirant cette qualité.

C'est bien à l'aune de ce cadrage d'ensemble qu'il convient donc d'interpréter le motif, qui pourra sinon sembler sibyllin aux meilleurs connaisseurs de la jurisprudence constitutionnelle, par lequel la Section a estimé, pour faire reste de droit aux requérants, qu'il ne « résultait d'aucun principe, d'aucune règle de valeur constitutionnelle » mais aussi « d'aucune loi que l'exploitation des concessions autoroutières doive être érigée en service public national », laissant penser qu'à côté des services publics nationaux que la Constitution exige ou que le législateur a qualifié comme tels, pouvait exister une troisième catégorie que le juge administratif aurait la faculté de déceler, de sa propre initiative, dans l'analyse d'un régime juridique institué par le législateur sans que ce dernier ait expressément retenu une telle qualification. Cette interprétation donnerait sans doute une portée excessive aux termes retenus par la Section : davantage qu'une nouvelle catégorie, il faut plutôt y voir, nous semble-t-il, un simple verrou destiné à éviter qu'une privatisation par décret puisse être rendue possible par l'effet du démembrement progressif d'un service public initialement concédé à l'échelon national.

Tribunal des Conflits, 20 novembre 2006, SA ECTL c/ Société des autoroutes Esterel Côte d'Azur Provence Alpes, n° 3569

Une société concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute a pour activité l'exécution d'une mission de service public administratif, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que les péages, qui ont le caractère de redevances pour service rendu, sont assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée.

1.4. Autorité de la concurrence. Avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires

606. L'Autorité de la concurrence, saisie par la commission des Finances de l'Assemblée nationale, a mené une analyse approfondie du secteur des autoroutes concédées et, en particulier, des sept sociétés concessionnaires d'autoroute « historiques », privatisées (à l'exception de COFIROUTE) en 2006. Sur la base de celle-ci, elle fait un double constat :

- les SCA affichent toutes une rentabilité nette exceptionnelle, comprise en 20 et 24 %, nourrie par l'augmentation continue du tarif des péages. Cette rentabilité n'apparaît justifiée ni par leurs coûts ni par les risques auxquels elles sont exposées, en particulier leur dette qui apparaît largement soutenable. Celle-ci est par ailleurs gérée dans l'intérêt des actionnaires à qui est distribuée la totalité de leur bénéfice dont seule une partie est utilisée pour le remboursement de la dette d'acquisition (sauf pour APRR). N'étant pas justifiée par les coûts ni par les risques, cette rentabilité est donc assimilable à une rente ;

- une part importante, voire prépondérante des marchés de travaux des SCA est attribuée à une entreprise liée (ou à un groupement l'incluant) selon des modalités qui sont contestables, en particulier pour ASF et ESCOTA. Ces dernières attribuent ainsi, globalement, plus de la moitié de leurs marchés de travaux (en montant) à une entreprise liée au groupe Vinci (ou à un groupement l'incluant), en particulier les marchés d'un montant unitaire élevé.

607. Le constat d'une rente autoroutière justifie les recommandations de l'Autorité visant à réduire celle-ci dans l'intérêt des usagers et du concédant. C'est ainsi qu'elle recommande, dans la mesure où elle serait juridiquement faisable, une indexation du tarif des péages qui rende possible une baisse desdits tarifs en cas de forte hausse du trafic. En outre, afin que cette indexation ne soit pas contournée par les contrats de plan, la loi tarifaire de ces derniers devra se borner à la stricte compensation des investissements. S'agissant de ces mêmes contrats de plan, aujourd'hui négociés secrètement entre l'État et les SCA, ils pourraient utilement soumis pour avis public à une autorité indépendante qui, disposant de l'ensemble des informations nécessaires, serait plus à même de porter la contradiction aux SCA comme de prendre en compte l'intérêt des usagers.

608. L'ensemble de ces recommandations participent à une amélioration de la régulation, aujourd'hui insuffisante, du secteur des autoroutes concédées au bénéfice du concédant comme des usagers de celles-ci.

609. Le fait qu'une part importante, voire prépondérante des marchés de travaux des SCA soit attribuée à une entreprise liée (ou à un groupement l'incluant) n'est pas contestable en soi, pour autant que les obligations de publicité et de mise en concurrence soient bien respectées. Or, celles-ci forment un cadre à l'intérieur duquel les SCA ont toute liberté pour choisir leurs modalités d'application. Ce sont ces choix, en particulier de pondération du critère prix et de formules de notation de celui-ci qui sont contestables, voire d'une légalité douteuse. Ces choix, de même que l'appartenance en tant que telle des SCA à des groupes de travaux publics sont dès lors susceptibles de créer des risques pour la concurrence.

610. L'Autorité formule donc plusieurs recommandations de nature à renforcer les obligations de publicité et de mise en concurrence autant que leur contrôle, parmi lesquelles :

- l'abaissement à 500 000 euros HT (contre 2 millions d'euros HT aujourd'hui) du seuil de mise en concurrence pour les marchés de travaux ;

- la transmission à la commission consultative des marchés des SCA des avenants excédant 5 % du montant initial des marchés que celle-ci a examinés ;

- la possibilité, pour la Commission nationale des marchés, de saisir en référé le juge administratif contre un appel d'offres d'une SCA dont elle estimerait la légalité douteuse.

611. Même si, compte tenu de la compensation ex ante des investissements, les usagers ne bénéficieront pas directement de ces recommandations, elles sont néanmoins de nature à renforcer la concurrence dans les appels d'offres des SCA et à limiter l'éventuelle éviction des entreprises non liées, en particulier les PME.

612. Enfin, l'Autorité a pu constater combien le cadre juridique des concessions contraint toute évolution de la régulation du secteur autoroutier, en particulier tarifaire. Ainsi, c'est seulement entre 2027 et 2033, à la fin des concessions, que l'État, récupérant l'exploitation de l'infrastructure autoroutière, pourra remettre à plat une tarification qui s'est progressivement éloignée des coûts. Par conséquent, l'Autorité considère que le Plan de relance autoroutier, parce qu'il tend à prolonger les concessions jusqu'à six années supplémentaires, sans mise en concurrence, en échange de 3,6 milliards d'euros d'investissements destinés à relancer l'activité dans le secteur des travaux publics, devrait être rééquilibré en faveur du

concedant et des usagers en introduisant dans le contrat de concession des SCA une nouvelle formule d'indexation du tarif des péages ainsi que des clauses de réinvestissement et de partage des bénéfices.

1.5. Cour des comptes – Communication à la commission des finances de l'Assemblée nationale – Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes – juillet 2013 – Conclusion

La privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes a fait évoluer durablement les relations entre ces sociétés et l'État sans que le cadre juridique du suivi des concessions ni l'organisation de l'État pour assurer ce suivi n'évoluent en conséquence.

En ce qui concerne les sociétés concessionnaires privées « historiques », les conditions actuelles ne permettent pas de garantir que les intérêts des usagers et de l'État sont suffisamment pris en compte.

En ce qui concerne le contrôle des obligations des concessionnaires en matière de préservation du patrimoine en service et de qualité du service rendu aux usagers, la DIT a engagé des chantiers importants, notamment l'insertion d'indicateurs de performance assortis de pénalités dans les contrats de plan, le renforcement de ses équipes pour commencer à prendre en compte la dimension patrimoniale des bâtiments. Elle bénéficie d'une expertise reconnue, renforcée par le réseau scientifique et technique du ministère. Pour autant, les contrôles relatifs à la préservation du patrimoine sont trop peu fréquents, notamment en ce qui concerne les chaussées, les ouvrages en terre et les aménagements « environnementaux » et leur méthodologie insuffisamment formalisée.

L'État se montre insuffisamment exigeant en cas de non-respect des obligations par les concessionnaires, qu'il s'agisse de préserver le patrimoine, de respecter tous les engagements pris dans les contrats de plan ou de transmettre les données physico-financières demandées par le concedant : outre les instruments contractuels dont dispose l'État et qui ne sont pratiquement jamais mis en œuvre (possibilité de mise en demeure et de pénalités), la négociation des contrats de plan n'a pas été subordonnée au respect par les concessionnaires de leurs obligations contractuelles de « base ».

En ce qui concerne les évolutions tarifaires, il apparaît que le cadre juridique actuel n'est plus à même de protéger les intérêts du concedant et des usagers. Les hausses de tarifs annuelles dont bénéficient les concessionnaires historiques ne sont pas suffisamment régulées.

En effet, en l'absence des contrats de plan, le décret de 1995 fait référence à une hausse minimale des tarifs indexée sur l'inflation. Or, en fixant un plancher et non un plafond, ce texte offre en pratique toute latitude à l'État pour fixer les tarifs. Surtout, ce texte n'encadre pas les hausses de tarifs issues des contrats de plan, qui sont les plus fréquentes, et les plus avantageuses.

L'absence de cadre juridique pour les contrats de plan se conjugue à une organisation insatisfaisante de la négociation : au sein de l'administration, la DGITM négocie seule les contrats de plan, sur la base d'un mandat de négociation vague voire inexistant et applique (sur la base d'un arrêté interministériel) les hausses tarifaires des contrats de plan avant même que celles-ci ne soient approuvées par décret en Conseil d'État et que les contrats de plan ne soient eux-mêmes signés par l'État. L'équilibre économique des contrats de plan (contre-expertise des coûts proposés par les concessionnaires, hypothèses macroéconomiques retenues, taux de rentabilité négocié des investissements) n'est connu qu'à la DGITM. Quant à l'équilibre financier ex post, il n'est pas suivi.

Le cadre juridique relatif aux péages autoroutiers et l'organisation des négociations des contrats de plan doivent donc être revus en profondeur.

Au-delà, l'opportunité de conclure à l'avenir des contrats de plan, alors que le réseau est mature, nécessiterait d'être réévaluée. En effet, ces contrats avaient un sens lorsqu'il s'agissait de financer de lourdes opérations comme des élargissements ou des sections nouvelles. Ces opérations étant devenues beaucoup moins nombreuses, il est désormais indispensable de n'inclure dans le champ des contrats de plan que les investissements ayant fait l'objet d'une analyse détaillée de leur utilité au regard de leur surcoût pour l'utilisateur.

En effet, un demi-siècle après les choix qui avaient présidé à la construction du réseau d'autoroutes appelée par le développement du pays, le réseau est à présent constitué pour l'essentiel. Une allocation judicieuse des ressources devrait conduire à freiner l'investissement dans ce secteur, dont les sociétés concessionnaires cherchent au contraire à amplifier le besoin.

Le moment semble donc venu de réfléchir à la place que le dispositif alors mis en place prend dans les choix d'évolution à venir.

L'outil autoroutier trouve sa finalité dans l'optimisation des flux de transport qui animent le pays, en concurrence avec d'autres modes de transport, et les sociétés qui concourent à le mettre en œuvre n'ont pas d'autre vocation que de servir cette finalité.

La politique tarifaire qui régit leurs relations avec l'État concédant doit donc être pensée en ce sens, à présent qu'il s'agit moins d'étoffer un réseau désormais proche de sa pleine suffisance, que d'allouer les ressources aux emplois les plus pertinents.

Cela peut appeler des révisions progressives dans le partage des bénéfices résultant de ces concessions, entre l'intérêt général et les intérêts légitimes des sociétés concessionnaires.

1.6. Doctrine

Laurent Richer, Pierre-Alain Jeanneney, Sophie Nicinski, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2008 p. 675 (article reproduit avec l'autorisation des Editions Dalloz)

La Cour des comptes vient de dresser un bilan assez critique de l'État actionnaire dans la livraison de son dernier rapport. Outre les aspects d'ores et déjà très médiatisés, comme les réflexions menées sur les péages autoroutiers et leur encadrement insuffisant, ou encore le poids financier de la défaisance, c'est le fil conducteur de cette étude qui attire l'attention quant à son impact sur les réflexions menées autour de l'État actionnaire et du rôle de l'Agence des participations de l'État. Cour des comptes, Rapport public annuel 2008, L'État actionnaire : apports et limites de l'Agence des participations de l'État

Par décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004, a été créé, au sein du ministère de l'économie, un service à compétence nationale placé auprès du directeur du Trésor dénommé Agence des participations de l'État (APE). L'Agence exerce, en veillant aux intérêts patrimoniaux de l'État, la mission de l'État actionnaire en amont et en aval des décisions incombant au ministre de l'économie.

De manière très surprenante, la Cour des comptes prend le contre-pied de l'ensemble de la réflexion menée depuis quinze ans sur la séparation des fonctions de l'État vis-à-vis des entreprises publiques : « *Dans ses positions d'actionnaire, l'État ne peut s'en tenir à des considérations strictement patrimoniales. Il lui faut aussi, à des degrés divers selon les secteurs de l'économie, englober d'autres considérations stratégiques, participant notamment des politiques de défense ou industrielles et plus généralement de la valorisation d'intérêts nationaux ou européens. Or, volontairement centrée sur la défense des intérêts patrimoniaux, l'Agence ne joue pas ce rôle de synthèse. Pour cette raison aussi, de nouvelles évolutions de la gouvernance de l'État actionnaire paraissent nécessaires* ».

Depuis quelques années, les rapports sur l'État actionnaire se sont succédés jusqu'aux lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques de 2005. Les recommandations se superposent et tournent généralement autour de l'idée que les différentes fonctions de l'État vis-à-vis du secteur public doivent être clairement identifiées, séparées et encadrées par des règles claires et rationalisées. Le pilotage des entreprises publiques est souvent noyé au milieu des multiples autres fonctions de l'État les impliquant et celles-ci subissent souvent des arbitrages en défaveur de leur intérêt social, l'État n'ayant tendance à s'en préoccuper qu'en cas de crise grave. Il est donc apparu nécessaire de bien distinguer les différentes fonctions de l'État touchant le secteur public, tout simplement afin de s'assurer que l'objectif de performance de l'entreprise publique fasse l'objet d'un traitement particulier et, partant, soit préservé.

Dès lors, schématiquement, à chaque fonction sont attribués un moyen d'expression et une institution chargée de la mettre en œuvre. Ainsi, la fonction régaliennne de réglementation de l'économie passe par l'élaboration de lois et règlements à portée générale et impersonnelle et relève des autorités chargées de les élaborer habituellement. La fonction de régulation revient aux autorités de régulation sectorielles. La préservation du service public dont l'entreprise publique peut être chargée doit s'exprimer à travers des contrats de service public dont la conclusion serait généralisée. Plus délicate est la question de l'État stratège de la politique économique et sociale du pays. L'État, au titre de sa fonction de stratège, peut se servir des entreprises publiques pour mener des politiques industrielles ou économiques, pour soutenir le marché en déterminant des tarifs de prestations essentielles pour l'ensemble des secteurs économiques (énergie, transport), pour le financer (banques publiques) ou pour indirectement le contrôler en se situant à des points clés des secteurs économiques. La Cour des comptes mentionne la poursuite d'« *objectifs stratégiques extrapatrimoniaux* », comme la Défense nationale, la maîtrise de la politique industrielle, le

renforcement des industries françaises en Europe (Thalès ou EADS), l'indépendance énergétique ou la constitution d'opérateur de dimension mondiale (GDF-Suez). Enfin, l'État est aussi actionnaire et dans ce cadre doit agir au mieux de ses intérêts patrimoniaux. Sa seule préoccupation est alors la compétitivité et la performance de l'entreprise. C'est cette dernière fonction que gère normalement l'APE, même s'il faut regretter que les textes l'instituant lui octroient parfois des compétences plus larges.

Pour en revenir au rapport de la Cour des comptes, celui-ci semble souhaiter un peu rapidement, et surtout très arbitrairement, que l'on confonde ces deux dernières fonctions et que l'on en revienne finalement au bon désordre d'antan. Cette position aurait pu cependant être fondée sur des arguments solides. En effet, on peut se demander si la spécificité même de l'entreprise publique ne réside pas essentiellement dans la confusion des deux dernières fonctions et à travers l'arbitrage permanent à réaliser entre elles. Il serait tout à fait envisageable de soutenir que, juridiquement, l'intérêt social de l'entreprise publique doit céder devant l'intérêt général exprimé à travers la définition d'une stratégie économique à laquelle participe l'entreprise publique. La légitimité de l'entreprise publique en serait alors restaurée et sa spécificité déterminée par rapport aux entreprises privées. Elle trouverait une traduction juridique concrète dans le jeu de l'intérêt social et de l'intérêt général, auquel devraient d'ailleurs se plier les actionnaires privés minoritaires des entreprises du secteur public.

Mais en l'absence d'exposé précis des considérations politiques et juridiques fondant la position de la Cour des comptes, on ne peut que saluer la réponse faite par le ministre de l'économie. On y lit qu'il n'appartient pas à l'APE d'exercer ce rôle de synthèse entre intérêts sectoriels et patrimoniaux, car ces arbitrages relèvent du gouvernement et de lui seul. Les hautes autorités de l'État entendent donc continuer à inscrire leur action dans le cadre des réflexions menées depuis plus de quinze ans sur les entreprises publiques. En revanche, une affirmation contenue dans la réponse du ministre de l'économie suscite la réflexion : il y aurait une « impossibilité juridique pour l'État actionnaire de contraindre une entreprise à prendre une décision contraire à son intérêt social ». Outre que cette affirmation entre en contradiction avec l'existence même d'arbitrages entre les deux dernières fonctions énumérées ci-dessus, elle semble sonner le glas d'une rare jurisprudence qui penchait plutôt en sens inverse. À l'occasion de la remise à flot de l'entreprise Usinor, la cour d'appel de Versailles a eu, en effet, à juger en 1990(1) de l'action d'actionnaires minoritaires contre les décisions de l'État, actionnaire majoritaire. Il en ressort que le juge judiciaire s'est montré très perméable à un ensemble de considérations d'économie politique et sensible au but d'intérêt national poursuivi par l'État actionnaire ainsi qu'à son projet d'ensemble, dont l'entreprise publique n'était finalement qu'un instrument.

D'autres éléments de réflexion du rapport de la Cour des comptes nous semblent beaucoup plus pertinents. Le bilan de l'action menée par l'APE est plutôt positif, puisque la Cour souligne une plus grande professionnalisation et un meilleur fonctionnement que les services chargés antérieurement d'assurer ce rôle. Le travail de l'APE a permis de généraliser des comités d'audit, de créer des comités de stratégie, voire d'avancer sur le terrain des comités de rémunération dans les entreprises publiques.

Bien que la Cour des comptes ne valide pas entièrement cette tendance, elle confirme le mouvement de désengagement de l'État du secteur concurrentiel. Elle souligne cependant l'absence de la mise en perspective des recettes de privatisation par rapport aux dividendes pérennes procurés par les entreprises publiques : « *La finalité implicite de sa gestion est moins axée sur la création de valeur que sur l'optimisation financière de la contraction du secteur public productif et sur la restructuration progressive des services publics dont la privatisation n'est pas engagée* ». Cette réflexion alimente le débat constant sur la valorisation économique des patrimoines publics, dont on ne sait pas si elle doit être une valorisation pérenne par la gestion optimale d'actifs publics sur le long terme ou une valorisation « flash » par cession d'actifs publics.

Le rapport alimente en outre la controverse sur la substituabilité des contrats de service public aux prérogatives de tutelle. La Cour fustige l'absence de prise de précaution concernant l'encadrement des tarifs lors de la privatisation des sociétés d'autoroute. Or, toute la réflexion sur la possibilité d'isoler la fonction « *préservation du service public* » et de la traduire par des contrats de service public en lieu et place des prérogatives de tutelle repose sur l'efficacité équivalente de ces deux modalités. La faiblesse ou l'inexistence de prérogatives contractuelle tend à remettre en cause cette évolution. (...)

Fabrice Melleray, « Déséquilibres contractuels », *AJDA* 2014, p. 1793 (article reproduit avec l'autorisation des Editions Dalloz)

Dans les facultés de droit comme au Palais-Royal, le constat semble le même : « *Alors qu'en droit privé, les cocontractants sont en position d'égalité, dans un contrat administratif, la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers se traduit par des pouvoirs particuliers appartenant à l'administration* » (B. Stirn et Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2014, p. 406) ; « *Le contrat administratif est un contrat synallagmatique, avec comme en droit privé, un jeu réciproque de droits et d'obligations. Mais il participe de la mission d'intérêt général qu'a en charge l'administration, ce qui conduit à une certaine inégalité dans les rapports contractuels* » (P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, LGDJ, 7e éd., 2014, n° 76).

Une telle analyse est, évidemment, largement vérifiée en pratique. Elle ne saurait toutefois faire oublier que si les principes jurisprudentiels réputés valoir pour tous les contrats administratifs, ainsi que de nombreuses règles de droit écrit applicables aux différents contrats administratifs « spéciaux », s'inscrivent bien dans cette perspective, la pratique contractuelle est régulièrement bien différente.

L'observation jurisprudentielle en apporte différents témoignages, qu'on songe à l'insertion dans le contrat d'une clause permettant sa rupture unilatérale non par la partie publique (clause qui serait au demeurant superfétatoire dès lors que ce pouvoir lui appartient même en l'absence de stipulation contractuelle « *en vertu des règles applicables aux contrats administratifs* », CE, ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Lebon 246) mais par la partie privée. La cour administrative d'appel de Nancy a certes récemment jugé qu'une telle stipulation « *qui est de nature à porter atteinte à la continuité du service public, est contraire à l'ordre public* » et doit donc être écartée (v., à cet égard, la chronique de M. Wiernasz, *Un contrat administratif peut-il inclure une clause de résiliation à l'initiative du cocontractant de l'administration ?*, *AJDA*, 2013. 2145).

Sans doute certains verront-ils dans une telle clause une sorte de rééquilibrage des droits des parties. Mais ils seront peut-être convaincus, s'ils en doutaient, qu'il existe aussi des contrats administratifs nettement déséquilibrés en faveur de la partie privée en lisant le récent avis de l'Autorité de la concurrence du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires. Ces contrats de concession s'avèrent, ô surprise, extrêmement déséquilibrés en faveur de ces dernières (et de leurs actionnaires) et au détriment du concédant, l'État, et surtout des usagers de ce qui demeure encore, de manière quelque peu artificielle d'ailleurs, un service public administratif (T. confl. 20 nov. 2006, n° 3599, *Société Transports Gautier, Société Transports Merret c/ ESCOTA, SAPN, Sanef, ASF* ; Lebon 641, *AJDA* 2007. 849, note N. Chahid-Nourai et J.-L. Champy).

Comment expliquer cette « rentabilité exceptionnelle » pointée par l'Autorité de la concurrence, ces marges spectaculaires déconnectées de l'étendue du risque réellement supporté par les concessionnaires ? Cette Autorité, après la Cour des comptes (Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, juill. 2013), souligne en particulier le fait que les négociations des contrats de plan ont nettement tourné à l'avantage des concessionnaires. Au-delà de facteurs politiques, perçoit-elle l'idée suivant laquelle les personnes publiques, même la première d'entre elles, ne disposeraient plus toujours des compétences techniques, juridiques et financières pour négocier d'égal à égal avec des opérateurs économiques déterminés et bien conseillés. Qu'une petite commune se laisse abuser par un loueur de photocopieuse ou de matériel informatique est une chose. Que des collectivités importantes ou l'État subissent le même sort est probablement plus inquiétant et illustre que la puissance publique, et avec elle la conception classique du contrat administratif, peuvent plier devant la puissance économique.

2. Concessions aéroportuaires et privatisations

2.1. Chronologie

31 mai 1924. Loi relative à la navigation aérienne. Pose le principe selon lequel, « *hors le cas de force majeure, les aéronefs ne peuvent atterrir ou prendre le départ que sur des aérodromes publics ou ouverts au public, ou dans un aérodrome privé régulièrement établi* ».

22 octobre 1929. Décret accordant à la chambre de commerce de Lyon la concession de l'aéroport de Lyon-Bron.

10 juin 1931. Décret concédant pour 50 ans à la chambre de commerce de Bordeaux l'exploitation de l'aérodrome de Bordeaux-Mérignac.

3 janvier 1934. Décret concédant à la chambre de commerce de Marseille l'exploitation de l'aérodrome de Marseille-Marignane.

24 octobre 1945. Ordonnance n° 45-2488 portant création de l'aéroport de Paris, sous la forme d'un établissement public national.

24 septembre 1953. Décret n° 53-893 relatif au régime juridique, administratif et financier des aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique. Permet aux exploitants de faire face aux dépenses qui leur incombent au moyen de redevances instituées par arrêté ministériel (dispositions codifiées aux articles R. 224-1 et suivants du code de l'aviation civile).

6 mai 1955. Décret portant approbation du cahier des charges type applicable aux concessions d'outillage public d'aéroport aux chambres de commerce.

20 avril 2005. Loi n° 2005-357 relative aux aéroports. Transformation d'ADP en SA dont le capital est majoritairement détenu par l'État. Possibilité de transfert des concessions des grands aéroports régionaux des CCI à des sociétés privées initialement détenues par des personnes publiques dont la CCI. Mise en place d'un nouveau régime de redevances aéroportuaires

15 juin 2005. Introduction en bourse d'ADP.

Décembre 2014. Cession de 49,99 % du capital de la SA Aéroport de Toulouse-Blagnac (308 M €) à China Airport Synergie Investment Limited (CASIL société détenue par l'entreprise d'État chinoise Shandong High Speed group et par la société Friedmann Pacific Asset Management).

Novembre 2016. Cession de 60 % du capital d'Aéroports de Lyon (535 M €) à un consortium composé de Vinci aéroports, la caisse des dépôts et consignations et Predica. La CCI conserve 25 % et les collectivités territoriales 15 %.

Novembre 2016. Cession de 64 % du capital d'Aéroports de la Côte d'Azur (Nice et Cannes Mandelieu) pour 1,222 Md € à un consortium constitué d'Atlantia, d'Aeroporti di Roma et d'EDF Invest. La CCI conserve 25 % et les collectivités territoriales 11 %.

Octobre 2018. Rapport de la Cour des comptes sur le processus de privatisation des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice.

Janvier 2019. La presse indique que CASIL remettrait en vente l'aéroport de Toulouse pour 500 M €.

22 mai 2019. Loi n° 2019-486 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (dite « loi PACTE »). Autorise la privatisation d'ADP.

9 octobre 2019. Arrêt du Conseil d'État, 9/10 chambres réunies, *Min. des finances et SAS CASIL Europe c/M. Arrou et autres*, T., n°430538.

2.2 Comparaisons internationales

Détention de l'exploitant	100% publique	Majoritairement publique	Majoritairement privée	100 % privée
Aéroports	États-Unis Tokyo-Narita Hong-Kong Amsterdam-Schipol Munich Genève Bâle-Mulhouse Marseille-Provence Bordeaux	Paris CDG Francfort Milan-Malpensa Madrid Barcelone Toulouse	Nice Lyon Zürich Bruxelles Moscou Tokyo-Haneda	Istanbul-Ataturk Heathrow Gatwick Rome-Fiumicino Sydney Osaka

2.3. Textes – Code des transports – Extraits

Sixième partie : Aviation civile

Livre III : Les aérodromes

Titre II : Exploitation des aérodromes ouverts à la circulation aérienne

Chapitre II : Dispositions particulières aux sociétés aéroportuaires

Art. L6322-1. Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux aérodromes civils d'intérêt national ou international relevant de la compétence de l'État dont la gestion était concédée à une chambre de commerce et d'industrie à la date de publication de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports et dont la liste est établie par décret en Conseil d'État.

Art. L6322-2. (issu des dispositions de l'art. 7 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, modifié en dernier lieu par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016) A la demande de chaque chambre de commerce et d'industrie concernée, l'autorité administrative peut autoriser la cession ou l'apport de la concession aéroportuaire à une société dont le capital initial est détenu entièrement par des personnes publiques, dont la chambre de commerce et d'industrie titulaire de la concession cédée. Par dérogation aux articles L. 2253-1, L. 3231-6, L. 4211-1 et L. 5111-4 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales intéressées et leurs groupements peuvent prendre des participations dans cette société. Un avenant au contrat de concession fixe, le cas échéant, la nouvelle durée de la concession, sans que la prolongation puisse excéder quarante ans, ainsi que les contreparties, au minimum en termes d'investissements et d'objectifs de qualité de service, sur lesquelles la société aéroportuaire s'engage. Cet avenant met le contrat en conformité avec les dispositions d'un cahier des charges type approuvé par le décret prévu par l'article L. 6322-1.

Les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession s'appliquent aux opérations prévues par le premier alinéa.

Chapitre III : Dispositions particulières à la société Aéroports de Paris

Article L6323-1 Modifié par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 - art. 136

La société dénommée " Aéroports de Paris " est régie par les dispositions de la présente partie, par celles du titre Ier de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports et, sauf dispositions législatives contraires, par les lois applicables aux sociétés anonymes. La dénomination sociale de la société, qui figure dans les statuts, peut être modifiée dans les conditions prévues par l'article L. 225-96 du code de commerce.

Article L6323-2 (différé) Modifié par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 - art. 131

Aéroports de Paris est chargée d'aménager, d'exploiter et de développer les aérodromes de Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly, Paris-Le Bourget, ainsi que les aérodromes civils situés dans la région Ile-de-France suivants : Chavenay-Villepreux, Chelles-Le Pin, Coulommiers-Voisins, Etampes-Mondésir, Lognes-Emerainville, Meaux-Esbly, Paris-Issy-les-Moulineaux, Persan-Beaumont, Pontoise-Cormeilles-en-Vexin, Saint-Cyr-l'Ecole et Toussus-le-Noble. Elle peut exercer toute autre activité, aéroportuaire ou non, dans les conditions prévues par ses statuts et dans le respect du cahier des charges mentionné à l'article L. 6323-4.

NOTA : Conformément au II de l'article 136 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, ces dispositions entrent en vigueur à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris.

Article L6323-2-1 (différé) Créé par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 - art. 130

I.- La mission dont est chargé Aéroports de Paris par l'article L. 6323-2 cesse, sous réserve des II et III du présent article, soixante-dix ans après l'entrée en vigueur du présent article.

Les biens attribués à Aéroports de Paris en application de l'article 2 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, de même que les biens meubles ou immeubles acquis ou réalisés par cette société et exploités en Ile-de-France entre le 22 juillet 2005 et la date de fin d'exploitation mentionnée au premier alinéa du présent I sont transférés en pleine propriété à l'État à la date de la fin d'exploitation. Ces biens comprennent les titres de capital ou donnant accès au capital des entreprises détenues, directement ou indirectement, par Aéroports de Paris, à l'exception de celles dédiées à une activité exercée hors des aéroports mentionnés à l'article L. 6323-2 et des plateformes aéroportuaires qui leur sont associées. La valeur comptable de ces biens au bilan de la société n'est pas modifiée à la date d'entrée en vigueur du présent article.

L'indemnité accordée à Aéroports de Paris au titre du transfert des biens mentionné au deuxième alinéa du présent I est composée des deux éléments suivants [...]

Ce montant est fixé par décret, sur rapport du ministre chargé de l'économie, et versé par l'État à Aéroports de Paris au plus tard à la date de transfert de propriété des actifs à l'État.

II.-L'État peut, par arrêté conjoint des ministres chargés de l'aviation civile, de l'économie et du budget, mettre fin intégralement ou partiellement à la mission confiée à Aéroports de Paris par l'article L. 6323-2 du présent code si, en dehors d'un cas de force majeure, et après mise en demeure restée infructueuse, nonobstant l'application éventuelle des sanctions prévues à son cahier des charges :

1° Aéroports de Paris interrompt, de manière durable ou répétée, l'exploitation d'un aéroport ;

2° Aéroports de Paris atteint, à deux reprises sur quatre exercices successifs, le plafond annuel de pénalités prévu à l'article L. 6323-4 ;

3° Aéroports de Paris commet tout autre manquement d'une particulière gravité à ses obligations légales et réglementaires ;

4° Aéroports de Paris est susceptible de ne plus pouvoir assurer la bonne exécution du service public du fait qu'elle ou son actionnaire de contrôle, au sens de l'article L. 233-3 dudit code de commerce, fait l'objet d'une procédure collective régie par le livre VI du même code ou de toute autre procédure équivalente ;

5° Une modification dans le contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du même code, d'Aéroports de Paris intervient en méconnaissance des dispositions de son cahier des charges.

Ces conditions ne sont pas cumulatives.

Dans ce cas, et nonobstant toute disposition contraire du livre VI du même code, Aéroports de Paris perçoit pour seule indemnité, au titre du transfert consécutif de la propriété des actifs concernés à l'État, un montant forfaitaire et définitif égal à la valeur nette comptable, au sens du premier alinéa du 2° du I du présent article, des actifs concernés par la mesure de fin anticipée, mentionnés au deuxième alinéa du même I ; ce montant est déterminé et versé au plus tard à la date de la fin anticipée prévue au premier alinéa du présent II.

III.-A la fin normale ou anticipée de l'exploitation, Aéroports de Paris remet à l'État les biens mentionnés au deuxième alinéa du I en bon état d'entretien. Les modalités de cette remise sont précisées par le cahier des charges d'Aéroports de Paris. Celui-ci précise également les modalités selon lesquelles l'État peut décider de ne pas reprendre, en fin d'exploitation normale ou anticipée, tout ou partie des biens qui ne seraient pas nécessaires ou utiles au fonctionnement du service public à cette date. Les biens sont remis libres de toute sûreté autre qu'une sûreté existant à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris ou autorisée postérieurement par l'État en application de l'article L. 6323-6 du présent code.

NOTA : Conformément au II de l'article 136 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, ces dispositions, à l'exception du dernier alinéa du 1° du I, entrent en vigueur à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris. Le décret mentionné au dernier alinéa du 1° du I, dans sa version issue de ladite loi, est publié avant la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroport de Paris et entre en vigueur à cette même date.

Article L6323-3

Aéroports de Paris fournit sur les aéroports mentionnés à l'article L. 6323-2 les services aéroportuaires adaptés aux besoins des transporteurs aériens, des autres exploitants d'aéronefs, des passagers et du public et coordonne, sur chaque aéroport qu'elle exploite, l'action des différents intervenants.

Article L6323-4 (différé) Modifié par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 - art. 131

Un cahier des charges approuvé par décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles la société Aéroports de Paris assure les services publics liés à l'exploitation des aéroports mentionnés à l'article L. 6323-2 et exécute, sous l'autorité des titulaires du pouvoir de police, les missions de police administrative qui lui incombent.

Ce cahier des charges précise les modalités d'application des articles L. 6323-2-1, L. 6323-4, L. 6323-6 et L. 6325-2. En outre, il définit les modalités :

- 1° Selon lesquelles Aéroports de Paris assure la répartition des transporteurs aériens, par des décisions constituant des actes administratifs, entre les différents aérodromes et entre les aérogares d'un même aérodrome ;
- 2° Du concours d'Aéroports de Paris à l'exercice des services de navigation aérienne assurés par l'État ;
- 3° Du contrôle par l'État du respect des obligations incombant à la société au titre de ses missions de service public, notamment par l'accès des agents de l'État aux données comptables et financières de la société ;
- 4° De l'accès des personnels de l'État et de ses établissements publics ainsi que des personnes agissant pour leur compte à l'ensemble du domaine aéroportuaire de la société pour l'exercice de leurs missions ;
- 5° Du contrôle par l'État des contrats par lesquels Aéroports de Paris délègue à des tiers l'exécution de certaines des missions mentionnées au premier alinéa ;
- 6° Selon lesquelles l'État, en l'absence d'accord avec Aéroports de Paris, dans l'intérêt du service public et au regard des meilleurs standards internationaux, peut fixer les conditions dans lesquelles le service public aéroportuaire doit être assuré, les niveaux de performance à atteindre, les sanctions appliquées lorsque ces niveaux ne sont pas atteints et les orientations sur le développement des aérodromes ainsi que, lorsque les circonstances le justifient et sans préjudice, le cas échéant, des dispositions de l'article L. 6323-4-1 du présent code, imposer la réalisation d'investissements nécessaires au respect des obligations de service public d'Aéroports de Paris ;
- 7° Selon lesquelles un commissaire du Gouvernement, ou son suppléant, nommé par arrêté du ministre chargé de l'aviation civile et représentant l'État au conseil d'administration d'Aéroports de Paris, est associé, sans voix délibérative, à l'ensemble des travaux de ce conseil, à l'exception de ceux portant sur la négociation du contrat mentionné à l'article L. 6325-2 du présent code, et se voit remettre toute information utile à sa mission ;
- 8° Selon lesquelles les dirigeants d'Aéroports de Paris chargés des principales fonctions opérationnelles relatives à l'exploitation aéroportuaire, à la sûreté, à la sécurité et à la maîtrise d'ouvrage aéroportuaire sont agréés par l'État sur la base de critères objectifs relatifs à leur probité et à leur compétence et selon lesquelles l'agrément de ces dirigeants est retiré par l'État lorsque les critères qui ont été vérifiés pour son octroi ne sont plus satisfaits ou en cas de manquement grave ou répété d'Aéroports de Paris à ses obligations légales et réglementaires dans les champs couverts par les fonctions de ces dirigeants ;
- 9° Selon lesquelles, par exception, Aéroports de Paris peut rechercher la responsabilité sans faute de l'État du fait des décisions normatives ou d'organisation des services dont il a la charge lorsqu'elles affectent spécifiquement, significativement et durablement l'activité d'Aéroports de Paris en Ile-de-France ou du fait des décisions de l'État, prises en application des dispositions du cahier des charges lorsqu'elles bouleversent, dans la durée, les conditions économiques dans lesquelles l'exploitant opère ses activités de service public en Ile-de-France ;
- 10° Selon lesquelles l'État donne son accord préalable à toute opération conduisant à un changement de contrôle direct ou indirect d'Aéroports de Paris au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce ;
- 11° Selon lesquelles, par dérogation aux articles L. 2511-7 à L. 2511-9 et L. 3211-7 à L. 3211-9 du code de la commande publique, Aéroports de Paris respecte les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par ces dispositions et leurs décrets d'application pour conclure des marchés publics et des concessions portant sur des travaux avec une entreprise liée ou une coentreprise ;
- 12° D'encadrement de la durée des actes d'Aéroports de Paris pour tenir compte de la fin de sa mission dans les conditions prévues à l'article L. 6323-2-1 du présent code, d'autorisation préalable par l'État de tout acte autre qu'un contrat de travail lorsque sa durée excède de plus de dix-huit mois la date de fin normale de l'exploitation prévue au même article L. 6323-2-1, ainsi que les modalités selon lesquelles les contrats relatifs à l'exploitation des aérodromes mentionnés à l'article L. 6323-2, encore en vigueur à la date de fin normale ou anticipée de l'exploitation prévue à l'article L. 6323-2-1, sont transférés à l'État à cette date ;
- 13° D'encadrement et d'autorisation par l'État, à peine de nullité, pour tenir compte de la fin de la mission d'Aéroports de Paris dans les conditions indiquées au même article L. 6323-2-1, des décisions ou contrats conférant des droits réels aux occupants des biens d'Aéroports de Paris ;
- 14° Selon lesquelles l'État encadre et autorise les opérations qui, indépendamment d'un lien direct avec le service public aéroportuaire, dépassent un montant ou une superficie substantielle, que les dispositions du cahier des charges définissent, ou sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'exécution du service public aéroportuaire ou des missions dont l'État est chargé ;
- 15° Selon lesquelles, sans préjudice des conditions de gratuité prévues au cahier des charges d'Aéroports de Paris à la date de publication de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, lesquelles demeurent inchangées, Aéroports de Paris met à disposition de certains services et établissements publics de l'État les terrains, locaux, aménagements et places de stationnement et assure

les prestations de service connexes en retenant, sur le montant des loyers et des prix, les taux d'abattement par type d'immeubles et de prestations pratiqués le cas échéant à la même date ;

16° D'encadrement et d'autorisation par l'État des modifications substantielles, permanentes ou provisoires, apportées aux capacités des installations aéroportuaires ;

17° D'encadrement et d'autorisation par l'État de certains travaux dérogeant à des normes ou objectifs mentionnés dans les dispositions du cahier des charges ou susceptibles d'affecter l'exécution du service public aéroportuaire ou l'exercice des missions des services de l'État ;

18° De règlement amiable des différends entre l'État et Aéroports de Paris avant saisine des juridictions ou autorités compétentes ;

19° Selon lesquelles le ministre chargé de l'aviation civile peut exiger qu'il soit mis fin à toute décision prise ou tout contrat conclu par Aéroports de Paris en méconnaissance des dispositions du cahier des charges, à ses frais exclusifs ;

20° Selon lesquelles Aéroports de Paris informe annuellement l'État de tout élément de sa gestion financière de nature à obérer sa capacité à assurer ses obligations de service public et selon lesquelles Aéroports de Paris dispose en permanence d'une notation de long terme de sa dette chirographaire et non subordonnée établie par au moins une agence de notation de crédit de réputation mondiale, enregistrée conformément au règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit, cette notation devant être supérieure à un niveau précisé dans le cahier des charges ;

21° Selon lesquelles Aéroports de Paris informe l'État d'une requête visant à l'ouverture d'une procédure de mandat ad hoc ou de conciliation prévues respectivement aux articles L. 611-3 et L. 611-6 du code de commerce et le tient informé du déroulement de la procédure ;

22° Selon lesquelles Aéroports de Paris exerce ses missions en tenant compte des effets environnementaux de ses activités, notamment les modalités selon lesquelles Aéroports de Paris est autorisée, pour l'aéroport de Paris-Orly, à exploiter annuellement un nombre de 250 000 créneaux horaires attribuables aux transporteurs aériens et à programmer les décollages d'avions turboréacteurs entre 6 heures et 23 heures 15 et les atterrissages de ce même type d'avions entre 6 heures 15 et 23 heures 30. A ce titre, Aéroports de Paris verse une contribution annuelle au moins égale à 4 500 000 € au total pour les deux fonds prévus au I de l'article 1648 AC du code général des impôts ;

23° Selon lesquelles Aéroports de Paris assure les conditions d'exercice d'une activité d'aviation générale, notamment celle des aéroclubs constitués sous forme d'association à but non lucratif disposant d'un lien statutaire avec une association reconnue d'utilité publique ;

24° Selon lesquelles un comité des parties prenantes, distinct des organes de direction d'Aéroports de Paris et composé notamment de représentants d'Aéroports de Paris, de collectivités territoriales, d'associations de riverains et d'associations agréées pour la protection de l'environnement, est mis en place afin de favoriser l'information et les échanges entre ces acteurs, dans le respect des compétences des commissions consultatives de l'environnement.

L'État veille au maintien au cours du temps de la bonne adéquation du cahier des charges avec les objectifs du service public aéroportuaire ainsi qu'à la cohérence de ce cahier des charges avec les évolutions du secteur du transport aérien et avec les effets économiques, sociaux et environnementaux des activités d'Aéroports de Paris. Les dispositions du cahier des charges et leur mise en œuvre font l'objet d'évaluations tous les dix ans à compter de sa publication. Ces évaluations sont réalisées par l'État, qui y associe la société Aéroports de Paris. Elles sont rendues publiques.

Ce cahier des charges détermine les sanctions administratives susceptibles d'être infligées à Aéroports de Paris en cas de manquement aux obligations qu'il édicte.

L'autorité administrative peut prononcer une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné à la gravité du manquement, à l'ampleur du dommage, aux avantages tirés du manquement ainsi qu'à leur caractère éventuellement répété, sans pouvoir excéder 2 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos d'Aéroports de Paris par manquement. Le dernier exercice clos s'apprécie à la date à laquelle la sanction est prononcée. Le plafond de pénalités encourues sur une année civile est de 10 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos d'Aéroports de Paris.

NOTA : Conformément au II de l'article 136 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, ces dispositions entrent en vigueur à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris. Le décret mentionné à l'article L. 6323-4, dans sa version issue de ladite loi, est publié avant la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroport de Paris et entre en vigueur à cette même date.

Article L6323-4-1 (différé) Créé par la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 - art. 133

Les tarifs des redevances prévues à l'article L. 6325-1 sont établis de manière à assurer une juste rémunération d'Aéroports de Paris au regard du coût moyen pondéré du capital sur un périmètre d'activités, précisé par décret, et :

1° Qui comprend nécessairement les services mentionnés au premier alinéa du même article L. 6325-1 et les activités foncières et immobilières relatives aux activités d'assistance en escale, au stockage et à la distribution de carburants d'aviation, à la maintenance des aéronefs, aux activités liées au fret aérien, à l'aviation générale et d'affaires, au stationnement automobile public et par abonnements ainsi qu'aux transports publics ;

2° Qui exclut nécessairement les activités commerciales et de services, notamment celles relatives aux boutiques, à la restauration, aux services bancaires et de change, à l'hôtellerie, à la location d'automobiles et à la publicité ainsi que les activités foncières et immobilières hors aérogares autres que celles mentionnées au 1° du présent article.

NOTA : Conformément au II de l'article 136 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, ces dispositions entrent en vigueur à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris. Le décret mentionné à l'article L. 6323-4-1, dans sa version issue de ladite loi, est publié avant la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroport de Paris et entre en vigueur à cette même date.

Article L6323-5

Les ouvrages appartenant à la société Aéroports de Paris et affectés au service public aéroportuaire sont des ouvrages publics. (...)

Chapitre V : Redevances aéroportuaires

Article L6325-1. Les services publics aéroportuaires rendus sur les aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique donnent lieu à la perception de redevances pour services rendus fixées conformément au deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce.

Le montant des redevances tient compte de la rémunération des capitaux investis sur un périmètre d'activités précisé par voie réglementaire pour chaque aérodrome, appréciée au regard du coût moyen pondéré du capital estimé à partir du modèle d'évaluation des actifs financiers, des données financières de marché disponibles et des paramètres pris en compte pour les entreprises exerçant des activités comparables. Il peut tenir compte des dépenses, y compris futures, liées à la construction d'infrastructures ou d'installations nouvelles avant leur mise en service.

Il peut faire l'objet, pour des motifs d'intérêt général, de modulations limitées tendant à réduire ou compenser les atteintes à l'environnement, améliorer l'utilisation des infrastructures, favoriser la création de nouvelles liaisons ou répondre à des impératifs de continuité et d'aménagement du territoire.

Le produit global de ces redevances ne peut excéder le coût des services rendus sur l'aérodrome ou sur le système d'aérodromes desservant la même ville ou agglomération urbaine concerné, système défini au sens du présent chapitre comme un groupe d'aérodromes desservant la même ville ou agglomération urbaine, géré par un même exploitant et désigné comme tel par l'autorité compétente de l'État.

Les éléments financiers servant de base de calcul des tarifs des redevances prévues au présent article sont déterminés à partir des états financiers, le cas échéant prévisionnels, établis conformément aux règles comptables françaises.

Article L6325-2. Pour Aéroports de Paris et pour les autres exploitants d'aérodromes civils relevant de la compétence de l'État, des contrats pluriannuels d'une durée maximale de cinq ans conclus avec l'État déterminent les conditions de l'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, qui tiennent compte, notamment, des prévisions de coûts, de recettes, d'investissements ainsi que d'objectifs de qualité des services publics rendus par l'exploitant d'aérodrome. Ces contrats s'incorporent aux contrats de concession d'aérodrome conclus par l'État.

En l'absence d'un contrat pluriannuel déterminant les conditions de l'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, ces tarifs sont déterminés sur une base annuelle dans des conditions fixées par voie réglementaire. (...)

Chapitre VII Missions de l'autorité de régulation des transports (créé par l'ordonnance n° 2019-761 du 24 juillet 2019 relative au régulateur des redevances aéroportuaires)

Art. L6327-1.-L'Autorité de régulation des transports est compétente pour les aérodromes dont le trafic annuel de la dernière année calendaire achevée dépasse cinq millions de passagers ainsi que pour les aérodromes faisant partie d'un système d'aérodromes au sens de l'article L. 6325-1 comprenant au moins un aérodrome dont le trafic de la dernière année calendaire achevée dépasse cinq millions de passagers.

Art. L6327-2.-I.-L'Autorité de régulation des transports homologue les tarifs des redevances pour services rendus mentionnés à l'article L. 6325-1 et leurs modulations, dans les délais et conditions prévus par voie réglementaire.

II.-Lorsque l'Autorité de régulation des transports homologue les tarifs et leurs modulations, elle s'assure :
-du respect de la procédure de consultation des usagers fixée par voie réglementaire ;

- que les tarifs et leurs modulations respectent les règles générales applicables aux redevances, qu'ils sont non discriminatoires et que leur évolution, par rapport aux tarifs en vigueur, est modérée ;
- lorsqu'un contrat a été conclu en application de l'article L. 6325-2, du respect des conditions de l'évolution des tarifs prévues par le contrat ;
- en l'absence de contrat pris en application de l'article L. 6325-2, que l'exploitant d'aérodrome reçoit une juste rémunération des capitaux investis sur le périmètre d'activités mentionné à l'article L. 6325-1, appréciée au regard du coût moyen pondéré du capital calculé sur ce périmètre, et que le produit global des redevances n'excède pas le coût des services rendus.

Art. L6327-3.-I.-L'Autorité de régulation des transports rend un avis conforme au ministre chargé de l'aviation civile sur les projets de contrats mentionnés à l'article L. 6325-2, dans les délais et conditions prévus par voie réglementaire.

II.-Dans son avis, l'Autorité de régulation des transports se prononce :

- sur le respect de la procédure d'élaboration de ces contrats, fixée par voie réglementaire ;
- sur le coût moyen pondéré du capital retenu par les parties au contrat ;
- sur les conditions de l'évolution des tarifs prévues par le projet de contrat, en vérifiant, de manière prévisionnelle sur la période couverte par le contrat, que l'exploitant reçoit une juste rémunération des capitaux investis sur le périmètre d'activités mentionné à l'article L. 6325-1, appréciée au regard du coût moyen pondéré du capital calculé sur ce périmètre, et que le produit global des redevances n'excède pas le coût des services rendus.

L'autorité vérifie la juste rémunération des capitaux investis au regard du programme d'investissements, des objectifs de qualité de service, des objectifs d'évolution des charges et des règles comptables d'allocation des actifs, des produits et des charges au périmètre d'activités mentionné à l'article L. 6325-1, tels qu'ils ont été retenus par les parties au contrat.

Lorsque le projet de contrat prévoit les tarifs et leurs modulations applicables sur la première période tarifaire couverte par le contrat, l'autorité procède à l'examen prévu au II de l'article L. 6327-2.

III.-En vue de l'élaboration d'un projet de contrat, l'autorité compétente de l'État peut consulter l'Autorité de régulation des transports, qui émet un avis motivé sur le coût moyen pondéré du capital à prendre en compte dans le projet de contrat.

Art. L6327-4.-Un décret en Conseil d'État précise les conditions d'application du présent chapitre.

2.4. Jurisprudence

Exploitation d'un aéroport par une chambre de commerce – service public industriel et commercial

Conseil d'État, Section, 8 mars 1968, Chambre de commerce de Nice et des Alpes Maritimes, p. 164

CONSIDERANT QU'IL RESULTE DES DISPOSITIONS COMBINÉES DES ARTICLES 1, 35 ET 41 DU CODE DES TAXES SUR LE CHIFFRE D'AFFAIRES, REPRIS PAR LES ARTICLES 256, 286 ET 1575 DU CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS QUE : "LES AFFAIRES FAITES EN FRANCE PAR LES PERSONNES QUI HABITUELLEMENT ACHETENT POUR REVENDRE OU ACCOMPLISSENT DES ACTES RELEVANT D'UNE ACTIVITÉ INDUSTRIELLE, COMMERCIALE OU ARTISANALE" , SONT SOUMISES AUX TAXES SUR LE CHIFFRE D'AFFAIRES PRÉVUES PAR CES TEXTES ; QU'EN VERTU DE L'ARTICLE 4 DE LA LOI DU 28 JUIN 1941 REPRIS PAR L'ARTICLE 1654 DU CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS, LEQUEL S'APPLIQUE NON SEULEMENT AUX IMPÔTS DIRECTS MAIS AUX TAXES SUR LE CHIFFRE D'AFFAIRES : "LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS, LES EXPLOITATIONS INDUSTRIELLES OU COMMERCIALES DE L'ÉTAT OU DES COLLECTIVITÉS LOCALES ... DOIVENT ... ACQUITTER, DANS LES CONDITIONS DU DROIT COMMUN, LES IMPÔTS ET TAXES DE TOUTE NATURE AUXQUELS SERAIENT ASSUJETTIES DES ENTREPRISES PRIVÉES EFFECTUANT LES MÊMES OPÉRATIONS" ; QU'ENFIN L'ARTICLE 5 DE L'ARRÊTÉ INTERMINISTÉRIEL DU 31 JANVIER 1942 REPRIS PAR L'ARTICLE 168 DE L'ANNEXE IV DU MÊME CODE NE PRÉVOIT AUCUNE EXONÉRATION AU BÉNÉFICE DES CHAMBRES DE COMMERCE ;

CONS. , D'UNE PART, QUE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE NICE, QUI EST UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC, A OBTENU, PAR ARRÊTÉ PRÉFECTORAL EN DATE DU 25 MARS 1950, UNE AUTORISATION D'OCCUPATION TEMPORAIRE DU DOMAINE PUBLIC À L'EFFET D'ASSURER L'EXPLOITATION DE LA PARTIE COMMERCIALE DE L'AÉROPORT DE NICE-CÔTE D'AZUR ; QU'IL RESULTE DE L'INSTRUCTION QUE CETTE EXPLOITATION, EN RAISON DE LA NATURE DES ACTIVITÉS EXERCÉES ET DES PRESTATIONS FOURNIES, PRÉSENTE LE CARACTÈRE D'UN SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL ET COMMERCIAL ; QUE LES CONDITIONS DANS LESQUELLES SONT FIXÉS LES PRIX ET TARIFS DES REDEVANCES PERÇUES EN CONTREPARTIE DES SERVICES RENDUS N'EXCLUENT PAS LA RÉALISATION D'EXCÉDENTS DE RECETTES SUR LES DÉPENSES ; QUE L'ARRÊTÉ PRÉFECTORAL PRÉVOIT D'AILLEURS, EN SON ARTICLE 30, QUE "L'EXCÉDENT CONSTATE DANS LES COMPTES NE DEVRA PAS ÊTRE

UTILISE POUR UN AUTRE SERVICE QUE CELUI DE L'AEROPORT" ; QU'ENFIN L'ARTICLE 19 DE L'ARRETE PREFECTORAL PREVOIT EGALEMENT LA FACULTE POUR LA CHAMBRE DE COMMERCE DE CONFIER A DES ENTREPRISES PRIVEES L'EXPLOITATION DE TOUT OU PARTIE DES INSTALLATIONS CONCEDEES ; QU'EN APPLICATION DE CETTE DISPOSITION LADITE CHAMBRE DE COMMERCE A CONFIE CERTAINES ACTIVITES A DES SOCIETES PRIVEES ET PRELEVE UN POURCENTAGE SUR LE CHIFFRE D'AFFAIRES DES INTERESSEES OU SUR LES QUANTITES DE PRODUITS VENDUS ; QU'AINSI LES OPERATIONS EFFECTUEES PAR LA CHAMBRE DE COMMERCE DE NICE, A L'OCCASION DE L'EXPLOITATION DE LA PARTIE COMMERCIALE DE L'AEROPORT DE CETTE VILLE, L'ONT ETE DANS LES MEMES CONDITIONS QUE SI ELLES L'AVAIENT ETE PAR UNE ENTREPRISE PRIVEE ; QUE, DES LORS, ET SANS QU'IL Y AIT LIEU DE RECHERCHER SI EN L'ESPECE CES OPERATIONS ONT PROCURE DES BENEFICES A LA CHAMBRE DE COMMERCE REQUERANTE, C'EST PAR UNE EXACTE APPLICATION DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 1654 DU CODE GENERAL DES IMPOTS QUE LESDITES OPERATIONS ONT ETE ASSUJETTES AUX TAXES PREVUES PAR LES ARTICLES 256, 286 ET 1575 DE CE CODE ;

CONS. , D'AUTRE PART, QU'IL RESULTE EGALEMENT DE L'INSTRUCTION QUE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE NICE A ETE RECHERCHEE EN PAIEMENT DES IMPOSITIONS LITIGIEUSES A RAISON DES RECETTES PERCUES PAR ELLE EN REMUNERATION DES SERVICES RENDUS AU PROFIT DES USAGERS EN EXECUTION DE L'AUTORISATION D'OCCUPATION TEMPORAIRE DU DOMAINE PUBLIC DONT ELLE BENEFICIAIT MOYENNANT LE PAIEMENT D'UNE REDEVANCE ANNUELLE ; QUE LADITE CHAMBRE DE COMMERCE N'EST PAS FONDEE A PRETENDRE QU'ELLE AGISSAIT AINSI SOIT POUR LE COMPTE DE L'ÉTAT SOIT POUR LE COMPTE DE TOUTE AUTRE COLLECTIVITE PUBLIQUE ET QU'ELLE N'ETAIT PAS REDEVABLE DES IMPOSITIONS CONTESTEES ;

CONS. QU'IL RESULTE DE CE QUI PRECEDE QUE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE NICE N'EST PAS FONDEE A SOUTENIR QUE C'EST A TORT QUE, PAR LE JUGEMENT ATTAQUE, LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF A REJETE SON OPPOSITION ;

REJET.

Privatisation de la SA Aéroport de Toulouse-Blagnac

Conseil d'État, 9/10 Chambres réunies, 9 octobre 2019, Min. des finances et SAS CASIL Europe c/ M. Arrou et autres, T., n° 430538

9. Pris en application des dispositions du décret du 3 septembre 1993 citées au point 8, le cahier des charges relatif à la procédure de transfert par l'État d'une participation dans la société ATB décrit successivement les conditions dans lesquelles les « Candidats » qui remplissent les conditions de recevabilité peuvent être admis à présenter une « Offre indicative » en tant que « Candidats recevables » puis, le cas échéant, autorisés à déposer une « Offre Ferme » en tant qu'« Acquéreurs Eventuels » parmi lesquels est, enfin, sélectionné « l'Acquéreur ».

10. L'article 3 du cahier des charges prévoit que « les Candidats pourront être soit (i) une entité agissant seule ou avec des entités de son groupe, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, soit (ii) un ensemble d'entités agissant de concert, au sens de l'article L. 233-10 du code de commerce (l'« Offre Conjointe ») (les participants à une Offre Conjointe sont ci-après dénommés les « Participants ») ». Le même article précise que : « *En cas d'Offre Conjointe, les Participants à l'Offre Conjointe devront désigner une entité chef de file, dûment habilitée, qui les représentera, agira au nom et pour le compte de tous les Participants et prendra tous engagements au nom de chacun des Participants tout au long de la Procédure de Transfert (le « Chef de File »), étant précisé que la qualité de Chef de File ne pourra être transférée à un autre Participant. / Les Participants à une Offre Conjointe seront tenus solidairement responsables de l'ensemble des engagements pris par le Chef de File à l'occasion de la Procédure de Transfert. / Un même Participant ne pourra participer à plusieurs Offres Conjointes à la fois.* » En cas d'offre conjointe, les articles 6 et 8 et l'annexe 3 à laquelle ils renvoient imposent aux candidats recevables puis aux acquéreurs éventuels de produire, respectivement à l'appui de leur offre indicative et de leur offre ferme, une lettre d'identification faisant apparaître, « *pour l'ensemble des Participants à l'Offre Conjointe envisagés* », leur identité précise et les liens capitalistiques et contractuels existant entre eux.

11. L'article 6 du cahier des charges prévoit que chaque candidat recevable dépose une « Offre indicative » au plus tard le 15 septembre 2014. Aux termes du dernier paragraphe de l'article, « *L'État, au vu de l'ensemble des Offres indicatives (...) décidera de la suite à donner à la Procédure de Transfert, notamment en termes de calendrier, et pourra opérer une sélection sur avis conforme de la Commission des Participations et des Transferts. L'État notifiera aux Candidats Recevables, le cas échéant après sélection, qu'ils sont autorisés à déposer une offre irrévocable et inconditionnelle d'acquisition de la Participation Initiale et de la Participation*

Résiduelle (...) (les « acquéreurs éventuels »). Selon l'article 8, chaque acquéreur éventuel dépose une offre ferme au plus tard le 31 octobre 2014. Enfin, l'article 9 prévoit que c'est « au vu des Offres Fermes » et « parmi les Acquéreurs Eventuels » que le ministre chargé de l'économie opère le choix de l'acquéreur.

12. Le cahier des charges établi pour régir une opération de cession de gré à gré d'une participation de l'État engagée en application de l'article 4 de la loi du 6 août 1986 ou de l'article 26 de l'ordonnance du 20 août 2014 précités fixe des règles dont le respect s'impose aux autorités administratives chargées de la mise en œuvre de cette procédure.

13. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'au stade du dépôt des candidatures, les sociétés Shandong Hi-Speed Group et Friedmann Pacific Asset Management étaient les seuls participants à l'offre conjointe présentée par le consortium Symbiose. Lors du dépôt des offres indicatives, la société SNC Lavalin, qui avait présenté une candidature distincte déclarée recevable, y a renoncé pour s'adjoindre aux participants de cette offre conjointe, avant de se retirer finalement du consortium, dont l'offre ferme n'émanait plus que des deux participants initiaux.

14. Pour annuler les décisions en litige, la cour a jugé que les dispositions du cahier des charges citées aux points 9 à 11 impliquaient nécessairement que le consortium constitué pour présenter une offre conjointe reste le même jusqu'au dépôt de l'offre ferme et ne pouvaient être interprétées comme autorisant une modification des candidatures en cours de processus, de sorte que ministre chargé de l'économie aurait, en agréant l'offre ferme présentée par le consortium Symbiose en dépit des changements intervenus dans sa composition, méconnu les dispositions du cahier des charges. En statuant par ces motifs, alors qu'aucune des règles fixées par le cahier des charges n'imposait aux participants à une offre conjointe de regrouper les mêmes entités tout au long de la procédure à l'exception de son chef de file, la cour a commis une erreur de droit. Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens des pourvois, le ministre de l'économie et des finances et la société Casil Europe sont fondés à demander l'annulation des articles 1er et 2 de l'arrêt qu'ils attaquent.

Privatisation d'ADP

Conseil constitutionnel, décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, loi PACTE

- Sur la procédure d'adoption des articles 130 à 136 et sur certaines dispositions des articles 130 à 132, 135 et 136 : (...)

En ce qui concerne les dispositions autorisant et encadrant la privatisation d'Aéroports de Paris :

38. Les auteurs des quatre saisines soutiennent que la privatisation d'Aéroports de Paris serait contraire au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, qui interdit de privatiser une entreprise ayant le caractère d'un monopole de fait ou d'un service public national. Il en résulterait l'inconstitutionnalité des articles 135 et 136 selon les députés auteurs de la première saisine, des articles 130 à 132, 135 et 136 pour les sénateurs auteurs de la deuxième saisine, des articles 130 à 136 selon les députés auteurs de la troisième saisine et de l'article 135 pour les sénateurs auteurs de la dernière saisine.

39. Les députés auteurs de la troisième saisine estiment également que cette privatisation serait contraire à l'objectif de valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics, dès lors que le but poursuivi par le législateur à travers cette privatisation, consistant à financer un fonds pour l'« innovation de rupture », aurait pu être atteint grâce aux résultats financiers de cette société. Les modalités retenues par le législateur seraient ainsi manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi. Ils dénoncent par ailleurs une incompétence négative s'agissant des garanties de capacité exigées des candidats à l'acquisition de participations dans Aéroports de Paris. Enfin, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence et l'objectif de valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics, en ce qu'il n'aurait pas déterminé les conditions de fixation du prix des actions détenues par l'État et leurs modalités de vente.

S'agissant des dispositions autorisant la privatisation d'Aéroports de Paris :

40. Aux termes du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ».

41. Le bon usage des deniers publics constitue une exigence constitutionnelle qui découle de l'article 14 de la Déclaration de 1789.

42. L'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi « *les règles concernant ... les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* ». Si cette disposition laisse au législateur l'appréciation de l'opportunité des transferts du secteur public au secteur privé et la détermination des biens ou des entreprises sur lesquels ces transferts doivent porter, elle ne

saurait le dispenser, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État.

Quant à l'existence d'un monopole de fait :

43. La notion de monopole de fait mentionnée au neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises. On ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités.

44. En application de l'article L. 6323-2 du code des transports, la société Aéroports de Paris est chargée d'aménager, d'exploiter et de développer les aérodromes de Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly, Paris-Le Bourget et plusieurs autres aérodromes civils situés dans la région Île-de-France. Elle peut exercer toute autre activité, aéroportuaire ou non, dans les conditions prévues par ses statuts et dans le respect du cahier des charges mentionné à l'article L. 6323-4 du code des transports.

45. En premier lieu, d'une part, si la société Aéroports de Paris est chargée, à titre exclusif, d'exploiter plusieurs aérodromes civils situés en Île-de-France, parmi lesquels les deux principaux aérodromes du pays, il existe sur le territoire français d'autres aérodromes d'intérêt national ou international. D'autre part, si Aéroports de Paris domine largement le secteur aéroportuaire français, cette société est en situation de concurrence croissante avec les principaux aéroports régionaux, y compris en matière de dessertes internationales, ainsi d'ailleurs qu'avec les grandes plateformes européennes de correspondance aéroportuaire.

46. En second lieu, le marché du transport sur lequel s'exerce l'activité d'Aéroports de Paris inclut des liaisons pour lesquelles plusieurs modes de transport sont substituables. Aéroports de Paris se trouve ainsi, sur certains trajets, en concurrence avec le transport par la route et le transport ferroviaire, en particulier pour ce dernier du fait du développement des lignes à grande vitesse.

47. Dans ces conditions, la société Aéroports de Paris ne peut être regardée comme une entreprise dont l'exploitation constitue un monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

Quant à l'existence d'un service public national :

48. Si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas, en fixant leur organisation au niveau national.

49. En premier lieu, l'aménagement, l'exploitation et le développement des aérodromes de Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly, Paris-Le Bourget et des autres aérodromes mentionnés à l'article L. 6323-2 du code des transports ne constituent pas un service public national dont la nécessité découlerait de principes ou de règles de valeur constitutionnelle.

50. En second lieu, d'une part, aucune disposition législative en vigueur ne qualifie Aéroports de Paris de service public national. D'autre part, avant même l'adoption des dispositions contestées, le législateur avait prévu, à l'article L. 6311-1 du code des transports, que l'État était compétent pour créer, aménager et exploiter les « aérodromes d'intérêt national ou international », dont la liste, fixée par décret en Conseil d'État, comporte plusieurs aéroports situés dans différentes régions. Ainsi, le législateur n'a pas jusqu'à présent entendu confier à la seule entreprise Aéroports de Paris l'exploitation d'un service public aéroportuaire à caractère national. Comme énoncé au paragraphe 45, certains de ces aérodromes régionaux, exploités par des sociétés également chargées de missions de service public, sont d'ailleurs en situation de concurrence avec Aéroports de Paris.

51. Dès lors, la société Aéroports de Paris ne présente pas en l'état les caractéristiques d'un service public national.

52. Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ne font pas obstacle au transfert au secteur privé de la majorité du capital de la société Aéroports de Paris. Le grief tiré de la méconnaissance de ces dispositions doit ainsi être écarté.

53. Par ailleurs, si les requérants contestent l'adéquation des moyens retenus par le législateur aux fins qu'il a poursuivies, ils ne précisent pas dans quelle mesure il en résulterait la méconnaissance d'une exigence constitutionnelle. Or, en l'absence d'une telle méconnaissance, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le Parlement, de déterminer si les objectifs économiques poursuivis par le législateur à travers la privatisation d'Aéroports de Paris, soit le

développement de cette société, le financement d'un fonds dédié à l'« innovation de rupture » et la réduction de l'endettement de l'État, auraient pu être atteints par d'autres moyens.

54. Par conséquent, la première phrase du paragraphe V de l'article 191 de la loi du 6 août 2015, tel qu'issu de l'article 135 de la loi déferée, et le paragraphe III de l'article 136 de la loi déferée, qui ne méconnaissent pas non plus l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics ni aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution.

S'agissant des dispositions encadrant la privatisation d'Aéroports de Paris :

55. Les modalités de cession du capital d'Aéroports de Paris sont soumises aux dispositions de l'ordonnance du 20 août 2014 mentionnée ci-dessus relatives aux conditions de fixation du prix des actions détenues par l'État et leurs modalités de vente. Dans un paragraphe VI nouvellement introduit à l'article 191 de la loi du 6 août 2015, le législateur a en outre prévu que les opérations de cession du capital d'Aéroports de Paris qui interviendraient en dehors des procédures des marchés financiers sont soumises à une procédure concurrentielle donnant lieu à un cahier des charges approuvé par les ministres chargés de l'aviation civile et de l'économie précisant les obligations des cessionnaires. Le c de ce même paragraphe VI prévoit que, si nécessaire, ce cahier des charges exige de la part des candidats au rachat des actions de l'État des conditions d'expérience pertinente en tant que gestionnaires ou actionnaires d'une société exploitant des aéroports et de capacité financière suffisante, afin de garantir la bonne exécution par Aéroports de Paris de l'ensemble de ses obligations. En outre, lorsque la cession entraîne un changement de contrôle d'Aéroports de Paris, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, le respect de tels critères est imposé par les mêmes dispositions.

56. Le grief tiré de l'incompétence négative doit donc être écarté. Il en est de même du grief tiré de la méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics.

57. Dès lors, le c du paragraphe VI de l'article 191 de la loi du 6 août 2015, qui ne méconnaît aucune autre exigence constitutionnelle, est conforme à la Constitution.

2.5. Autorité de la concurrence – Avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et les infrastructures (AMCRI) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français - Extraits

V. Les préconisations de l'Autorité de la concurrence

167. L'Autorité de la concurrence est d'avis de répondre de la manière suivante aux questions posées par l'AMCRI dans la saisine.

A. Sur les questions de principe soulevées par la saisine

1. Sur le choix du maintien de la gestion publique des sociétés aéroportuaires

168. Pour éviter les risques d'atteinte à la concurrence résultant d'une éventuelle privatisation des sociétés aéroportuaires, l'AMCRI interroge l'Autorité sur le point de savoir s'il ne serait pas nécessaire de maintenir la gestion publique d'ADP et des SAR. L'Autorité de la concurrence ne saurait émettre un avis sur une telle question, qui relève d'un choix d'opportunité ne relevant pas de sa compétence. Elle rappelle que le droit de la concurrence est neutre au regard de la propriété publique ou privée des entreprises. Ainsi, l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne stipule que « *le présent traité ne préjuge en rien le régime de propriété dans les États membres* », tandis que son article 106, paragraphe 1, précise : « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus* ». En droit national, l'article L. 410-1 du Code de commerce, introduisant le livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dispose : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et des services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégations de service public* ».

2. Sur la nécessité d'éviter la concentration des infrastructures au sein d'une même entreprise

169. En cas de privatisation du capital des sociétés aéroportuaires, l'AMCRI fait valoir qu'il serait préférable d'éviter une concentration des infrastructures, d'une part, en concédant l'exploitation des aéroports de Roissy et d'Orly à des opérateurs différents, ce qui supposerait la scission d'ADP ainsi que l'édiction de règles interdisant que les détenteurs du capital de l'une des deux sociétés d'exploitation aéroportuaire détiennent des droits de l'autre, et, d'autre part, en confiant la gestion du nouvel aéroport de Notre Dame des Landes à une société distincte des gestionnaires des aéroports parisiens.

170. L'Autorité de la concurrence ne peut pas plus se prononcer sur ce point dès lors qu'il ne lui appartient pas, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, de donner une opinion sur les problèmes de concurrence posés par une opération de concentration, les questions posées dans la saisine étant relatives à des acquisitions d'entreprises et pouvant être appréhendées dans le cadre du droit des concentrations.

171. Il peut être utile toutefois de rappeler l'exemple du Royaume-Uni qui, confronté à la difficulté d'une régulation efficace face à un opérateur aéroportuaire entièrement privatisé, s'est orienté vers la mise en place d'une concurrence entre les structures aéroportuaires. Le choix historique des autorités britanniques de céder globalement British Airport Authority (BAA) était motivé par l'absence de concurrence observée entre les trois aéroports londoniens, qui, comme c'est le cas des aéroports parisiens de Roissy et d'Orly, étaient considérés comme répondant à des demandes complémentaires. Sur le fondement d'une enquête de marché, la commission britannique de la concurrence est revenue sur cette analyse et a décidé en mars 2009 de briser le monopole de fait de l'opérateur aéroportuaire BAA en lui donnant deux ans pour céder trois de ses sept aéroports¹.

B. La soumission à des règles de mise en concurrence systématique

1. L'assimilation des gestionnaires d'aéroports à des entités adjudicatrices au sens de la directive 2004/17 et de l'ordonnance du 6 juin 2005

172. Dans l'hypothèse d'une privatisation, les SAR comme ADP devraient rester des entités adjudicatrices et être soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence posées par la directive communautaire 2004/17 et l'ordonnance du 6 juin 2005. Cela ne sera pas le cas du futur aéroport de Notre-Dame-des-Landes, ni des aéroports décentralisés concédés à un opérateur privé.

173. Afin de prévenir les risques d'atteinte à la concurrence résultant de cette absence d'obligations, et notamment, les effets potentiels d'éviction d'entreprises tierces lors de la passation de ses marchés, l'Autorité recommande que le contrat de concession du futur aéroport de Notre-Dame-des-Landes prévoi que le concessionnaire soit assimilé à une « entité adjudicatrice » au sens de la directive communautaire 2004/17 et de l'ordonnance du 6 juin 2005. Le même dispositif devrait être appliqué aux aéroports décentralisés concédés à un opérateur privé.

174. Cette assimilation permettra d'imposer au concessionnaire, outre la règle de mise en concurrence systématique de ses marchés, l'obligation de respecter les critères de choix qui s'imposent aux entités adjudicatrices. Elle a pour objet d'éviter que les concessionnaires ne privilégient les entreprises qui leur sont liées, ce qui poserait problème en cas de régulation imparfaite, avec constitution d'une rente financée par les redevances aéroportuaires. Elle aurait également pour effet de garantir une transparence des prix, de nature à permettre aux autorités de tutelle de mieux assurer leur mission de régulation du secteur.

2. Les marchés

175. Pour renforcer la concurrence sur les marchés attribués par les sociétés concessionnaires d'aéroports, il serait souhaitable d'adopter, pour le secteur aéroportuaire, des règles semblables à celles qui avaient été proposées dans l'avis n° 05-A-22 du Conseil de la concurrence relatif à la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

176. A cet égard, un simple alignement du régime d'ADP, de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et des aéroports décentralisés sur le régime prévu par le cahier des charges des SAR offrirait un niveau de garantie inférieur en matière de protection de la concurrence à celui qui avait été retenu dans le cadre de la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes. En effet, la procédure de mise en concurrence ne s'impose qu'à partir d'un seuil de commande élevé, ce qui a pour conséquence que la majorité des marchés signés échappent à cette obligation, elle ne concerne que les marchés de travaux, et elle ne prévoit pas l'intervention de commissions d'appels d'offres indépendantes.

177. Dans son avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 précité, le Conseil de la concurrence avait recommandé que la mise en concurrence s'applique à partir d'un seuil de commande de travaux, de services et de fourniture « fixé de telle manière que l'essentiel des volumes de commandes soit contrôlé par le dispositif procédural évoqué ». Les seuils retenus par le gouvernement pour les sociétés d'autoroutes privatisées ont été de 2 millions d'euros pour les travaux et de 240 000 euros pour les fournitures, ce qui est très inférieur aux seuils prévus par l'ordonnance du 6 juin 2005.

178. Le Conseil avait également préconisé que les commissions des marchés placées auprès de chaque société d'autoroute disposent d'un véritable pouvoir d'approbation et non de la simple faculté d'émettre un avis consultatif. Cette recommandation visait, conformément aux principes dégagés par la Cour de justice des

¹ Cette décision a été remise en cause par le Tribunal d'appel de la concurrence (Competition Appeal Tribunal), non sur le fond mais pour des motifs relatifs à la régularité de la procédure suivie par la Commission.

communautés européennes (arrêt du 12 février 1998, Silvano Raso, C-163/96, Rec. p. I-533), à « éviter que l'État ne puisse se voir reprocher d'avoir mis les concessionnaires dans une situation de cumul de rôles de juge et partie débouchant sur un conflit d'intérêts dans la mesure où ils mettraient en oeuvre des procédures de mise en concurrence alors qu'ils auraient des intérêts auprès de certains soumissionnaires ».

179. Les cahiers des charges des exploitants aéroportuaires privatisés devraient de même prévoir que soit formalisée l'existence de commissions d'appel d'offres placées auprès de chaque gestionnaire d'aéroports. Ces commissions devraient être composées majoritairement de membres indépendants des concessionnaires ou, à défaut, le représentant de la DGCCRF devrait y disposer d'un droit de veto.

180. Ces commissions seraient appelées à se prononcer par avis conforme sur les marchés de travaux, de fournitures et de services conclus par les sociétés aéroportuaires, tant avec des entreprises liées qu'avec des entreprises tierces, à partir de seuils à définir de telle sorte que l'essentiel des commandes en valeur soit effectivement contrôlé par le dispositif. L'obligation de respecter les critères de choix prévus par l'ordonnance du 6 juin 2005 qui s'imposent aux entités adjudicatrices devra également être prévue dans les cahiers des charges pour toute commande supérieure aux seuils fixés.

181. Ce dispositif devra concerner également l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et les aéroports décentralisés concédés à un opérateur privé.

3. Les concessions commerciales

182. Dans l'hypothèse d'une privatisation capitalistique d'ADP, le cahier des charges de cette société devrait retenir un article comparable à l'article 11 du cahier des charges des SAR, prévoyant une obligation de mise en concurrence des concessions commerciales, y compris celles attribuées à des entreprises liées, et le choix par le concessionnaire de l'offre économiquement la plus avantageuse. Une obligation similaire devrait être introduite dans le contrat de concession du futur gestionnaire de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes.

183. Les préconisations relatives au renforcement des obligations de mise en concurrence pour les commandes des sociétés aéroportuaires sont synthétisées dans le tableau figurant en annexe II au présent avis.

C. La mise en œuvre d'une régulation efficace

184. Indépendamment de l'hypothèse de privatisation des sociétés aéroportuaires posée par la saisine, l'Autorité recommande la mise en œuvre de diverses mesures destinées à rendre plus efficace la régulation actuelle des activités aéroportuaires.

1. La constitution d'une autorité de supervision indépendante

185. L'Autorité recommande la création d'une autorité indépendante de régulation des activités aéroportuaires. Cette création permettrait de mettre fin aux situations de conflit d'intérêts qui résultent aujourd'hui du cumul par l'État des rôles de régulateur du secteur aéroportuaire et d'actionnaire des principaux opérateurs de ce secteur, gestionnaires d'aéroports et compagnie aérienne nationale.

186. Cette autorité serait appelée à devenir l'autorité de supervision indépendante prévue par la directive 2009/12, avec pour rôle la détermination ou l'approbation des tarifs de redevances aéroportuaires conformément aux prévisions de l'article 6 de ce texte.

187. L'Autorité estime que cette création pourrait être l'occasion de réfléchir à la constitution d'une autorité de régulation des transports intermodale.

188. Dans son avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports, le Conseil de la concurrence appelait déjà les pouvoirs publics à « préciser leur stratégie en matière de régulation des transports, notamment en réfléchissant sur le champ de compétence du nouveau régulateur sectoriel créé pour les activités ferroviaires ».

189. En effet, les transports aérien, autoroutier et ferroviaire ont pour trait commun de faire l'objet d'une régulation publique concernant l'accès et la tarification d'infrastructures non reproductibles, qui conserveront le caractère de monopoles malgré une libéralisation des activités de services qui les utilisent, en particulier pour des raisons de coûts ou de rareté des espaces. La création d'une autorité intermodale permettrait ainsi de mieux appréhender les problématiques communes à tous les secteurs des transports.

190. Dans l'avis précité, le Conseil rappelait les précédents du régulateur sectoriel des communications électroniques, dont la compétence a été élargie au secteur postal, et du régulateur sectoriel de l'électricité, dont la compétence a été étendue au secteur gazier, soulignant qu'il est « généralement plus efficace d'élargir les compétences d'un régulateur pour des secteurs connexes que de multiplier les régulateurs sectoriels sur des champs de compétence trop étroits ».

191. La création d'une autorité indépendante de régulation des transports pourrait s'effectuer à partir du socle constitué par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), créée par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, dont les dispositions entreront en vigueur au 1er avril 2010. L'ARAF est, aux termes de la loi, « une autorité publique indépendante, dotée de la personnalité morale, qui concourt au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles de transport ferroviaire, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire » (article 11). Elle est chargée de veiller à ce que les conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires n'entravent pas le développement de la concurrence. À ce titre, elle est notamment chargée d'émettre un avis conforme sur la fixation des redevances d'infrastructures et de se prononcer sur les réclamations présentées par les acteurs du secteur.

192. La nature du contrôle qui sera exercé par l'ARAF dans le secteur ferroviaire s'apparente à celui qui est exercé pour la régulation des redevances aéroportuaires. La fusion à terme des compétences au sein d'un régulateur unique des transports aurait donc du sens. Mais il s'agit d'un choix politique qu'il n'appartient qu'au gouvernement et au Parlement de trancher.

2. Le renforcement de la transparence nécessaire à une régulation tarifaire efficace

193. L'arrêté du 17 décembre 2009 sur les redevances aéroportuaires a opéré une réduction du périmètre de régulation de la « caisse unique » d'ADP en excluant tant les activités commerciales que l'immobilier de diversification. Cette évolution traduit un passage implicite vers un système proche de la « double caisse ».

194. L'Autorité de la concurrence est favorable à l'évolution du périmètre de régulation engagée par l'arrêté du 17 décembre 2009 précité, dès lors qu'une telle évolution devrait permettre de favoriser l'émergence d'une vérité des prix du transport aérien et que la situation concurrentielle des activités commerciales des aéroports n'impose pas de régulation spécifique de ces activités.

195. Toutefois, afin d'éviter les transferts de charges et de ressources entre les différentes activités des sociétés aéroportuaires, dont le risque est accentué par le système de la double caisse, il est nécessaire d'instaurer des règles de transparence renforcées pour permettre l'identification des coûts et ressources de chacune des activités des gestionnaires d'aéroports. La clarification des coûts et ressources des activités régulées et des activités concurrentielles permettra notamment de définir précisément la part qui doit revenir à chaque type d'activité dans le financement des investissements des gestionnaires d'aéroports.

196. À cet effet, l'Autorité recommande une séparation claire entre les activités de monopole relevant du périmètre de régulation et les activités soumises à la concurrence.

197. Le Conseil de la concurrence s'est prononcé à de multiples reprises sur la nécessaire séparation entre les activités sous monopole liées à l'exercice par un opérateur de réseaux d'une mission de service public et les activités concurrentielles exercées par ailleurs par cet opérateur (en ce sens, voir notamment l'avis n° 05-A-22 du 2 décembre 2005 précité s'agissant des sociétés concessionnaires d'autoroutes, l'avis n° 97-A-07 sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole, l'avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996, concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence ou l'avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995 sur les problèmes soulevés par les activités de messagerie de la Société nationale des chemins de fer français (S.N.C.F.) au regard de la concurrence).

198. Cette séparation suppose au minimum l'adoption d'une comptabilité analytique permettant de distinguer les coûts et les ressources des activités régulées de ceux des activités concurrentielles.

199. La mise en place d'une comptabilité analytique pour les sociétés gestionnaires d'aéroports a déjà été recommandée par le Conseil de la concurrence dans son avis n° 05-A-15 du 11 juillet 2005 précité, relatifs aux redevances aéroportuaires. Le Conseil soulignait ainsi que « la base de l'objectivité repose sur l'existence d'une comptabilité analytique permettant d'isoler les coûts des services fournis ». Cette recommandation a été relayée par la Cour des comptes dans son rapport thématique de juillet 2008 précité. Dans l'avis précité, le Conseil a par ailleurs préconisé la mise en œuvre d'audits réguliers des coûts d'utilisation des infrastructures aéroportuaires, « la règle de l'objectivité nécessit[ant] que des contraintes externes d'efficacité soient imposées aux opérateurs afin de les inciter à maîtriser leurs coûts et à améliorer la qualité de leurs prestations ».

200. Si les cahiers des charges d'ADP et des SAR font obligation à ces sociétés de mettre en œuvre une telle comptabilité, celle-ci reste toutefois embryonnaire, tant pour les SAR que pour les aéroports décentralisés, ce qui rend la fiabilité des comptes de certains aéroports régionaux très incertaine. L'Autorité réitère donc ses recommandations de l'avis n° 05-A-15 du 11 juillet 2005.

201. La séparation juridique entre les entités assurant des activités sous monopole et des activités concurrentielles, par la voie d'une filialisation des activités commerciales des sociétés aéroportuaires,

constituerait une garantie supplémentaire. Le Conseil a déjà indiqué, dans de précédents avis, qu'il était parfois souhaitable de procéder à une séparation juridique des entités assurant des activités différentes, pour garantir l'exercice d'une concurrence effective, une filialisation permettant de vérifier que l'utilisation des infrastructures du réseau fait l'objet d'une facturation à son coût réel (voir en ce sens, les avis n° 97-A-07, n° 96-A-10 et n° 95-A-18 précités).

202. Le renforcement de la transparence des coûts et ressources des différentes activités aéroportuaires permettrait également d'améliorer la procédure de consultation des usagers des aéroports, en l'espèce les compagnies aériennes, lors de la fixation des redevances aéroportuaires, processus aujourd'hui peu transparent, et ce, alors que les obligations de transparence à l'attention des usagers sont renforcées par la directive 2009/12.

2.6. Cour des comptes – Rapport – Le processus de privatisation des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice – octobre 2018 – Extraits

Les trois sociétés aéroportuaires de Toulouse, Nice et Lyon ont été vendues dans un contexte favorable et valorisées à des niveaux supérieurs aux attentes de l'État actionnaire.

L'intensité concurrentielle forte, qui explique en premier lieu les niveaux de prix élevés constatés, ne paraît pas avoir été affectée par les critères renforcés introduits en 2015 afin de tirer les leçons des insuffisances du processus toulousain. Ces cessions se sont déroulées dans le respect de procédures globalement efficaces pour garantir l'intérêt financier de l'État vendeur, mais qui prennent encore insuffisamment en compte la dimension industrielle des projets et les autres intérêts de l'État.

L'arrivée de nouveaux actionnaires n'a pas à ce jour été suivie d'inflexions majeures dans la gestion des sociétés et leurs orientations stratégiques. Les privatisations ne modifiant ni le statut de ces sociétés aéroportuaires, ni le cadre de concession et les leviers de contrôle associés, il n'est guère surprenant que peu d'effets soient perceptibles à court terme. Elles ne se sont pas non plus traduites à court terme par un renchérissement des coûts pesant sur le transport aérien.

En outre, les évolutions vers des régimes de caisse aménagée, dont les acquéreurs privés ont besoin pour rentabiliser leur investissement, restent soumises à l'accord de la DGAC, qui entend les conditionner à la preuve de l'efficacité de leur gestion et à la modération des redevances. L'équilibre économique des aéroports dépendra ainsi de leur capacité à développer l'activité et dégager des marges de productivité supplémentaires pour compenser les besoins de rémunération de leurs actionnaires privés. Or, le peu de recul depuis les cessions et le contexte très favorable du trafic aérien ne permettent pas de mesurer les éventuels gains d'efficacité introduits par l'arrivée de nouveaux acteurs industriels, ni de savoir s'ils seront suffisants pour compenser une demande de rémunération accrue.

Bien qu'elles contribuent à clarifier le positionnement d'un État recentré sur ses fonctions de concessionnaire et de régulateur, les privatisations risquent toutefois de mettre à l'épreuve l'efficacité de ses moyens de contrôle. Compte tenu des risques d'asymétrie d'information et d'imprévisibilité à long terme qui affectent le pilotage de toute concession de longue durée, il convient d'être vigilant quant au maintien dans la durée de l'efficacité des moyens de contrôle de l'État. Le cadre de régulation appliqué par l'ASI, récent et encore affecté par plusieurs zones d'incertitude, devra en tout état de cause être consolidé afin de pouvoir pleinement jouer son rôle et permettre une juste répartition des profits entre les différents acteurs du transport aérien.

L'ouverture des processus de privatisation aux candidatures étrangères, est à la fois utile du point de vue financier par l'intensité concurrentielle qu'elle apporte et normale dans un secteur aéroportuaire largement soumis à la concurrence internationale et dont deux des principaux acteurs sont français. Elle impose néanmoins de connaître précisément les candidats et de les soumettre à un contrôle et des engagements spécifiques. Les mesures prises après l'ouverture du capital de l'aéroport de Toulouse doivent ainsi être renforcées, par une meilleure utilisation des procédures existantes et un contrôle plus strict du respect des engagements des acquéreurs. Au-delà, l'État ne peut faire l'économie d'une définition précise des intérêts qu'il entend préserver et d'une stratégie globale, face à certains investisseurs étatiques étrangers dont la politique d'acquisition pourrait être sous-tendue par une véritable vision de long terme. La définition d'un tel cadre par les instances récemment créées en matière de défense économique devrait être un préalable nécessaire à toute nouvelle cession d'actifs stratégiques.

2.7. Doctrine

Jacqueline Aubert, « *Les aérodromes et leur régime juridique* », LGDJ, 1941, pp. 170-172

Ce qui s'oppose, en pratique, à la concession d'un aérodrome d'État à une société privée, c'est que ce procédé n'est avantageux ni pour l'État ni pour le concessionnaire.

En effet, même si l'on ne tient pas compte des charges financières (...), l'exploitation, sauf de très rares cas (Le Bourget par exemple) est déficitaire, car les différentes taxes perçues sur les aéronefs et les marchandises, à raison de l'utilisation de l'aérodrome et de son outillage, n'arrivent pas à compenser les frais d'entretien et d'exploitation, les travaux et améliorations indispensables à la navigation, fréquents sur les aérodromes d'État à grand trafic.

Or, lorsqu'une société privée à but lucratif se porte concessionnaire d'une entreprise, c'est dans l'espoir légitime de faire des bénéfices, sinon dans les premières années, du moins au bout d'un certain temps. Aussi, pour se charger de la concession d'un aéroport, le concessionnaire réclamerait-il soit le droit de percevoir des taxes dont le tarif serait calculé en sorte d'assurer l'équilibre financier, soit une subvention substantielle de l'État.

Mais l'élévation des taxes est tout à la fois nuisible à l'aviation et contraire à l'intérêt bien compris du concessionnaire. Nuisible à l'aviation, car c'est non seulement décourager le développement de l'aviation de tourisme qui est déjà lourdement handicapée par le prix d'achat de l'avion lui-même et du combustible nécessaire, mais aussi entraver l'essor de l'aviation commerciale qui se trouvera dans l'obligation d'augmenter, elle aussi, ses tarifs, et écartera ainsi passagers et marchandises.

Contraire à l'intérêt réel du concessionnaire, car si l'aérodrome est trop cher, il sera « brûlé ». Plus qu'en tout autre domaine, semble-t-il, l'élévation des taxes est de nature à entraîner la désaffection des usagers. En effet, lorsque le service concédé est destiné à satisfaire des besoins de première nécessité (gaz, électricité, etc.), une augmentation exagérée des tarifs entraînerait une restriction de la consommation de l'utilisateur, mais ne supprimerait pas cette consommation même ; il en va tout autrement pour les aérodromes : si les taxes sont trop élevées, les aéronefs auront toujours la possibilité d'éviter cet aérodrome et de faire escale en un autre point. Le trafic diminuera, et, malgré des taxes plus rémunératrices, les résultats financiers seront inférieurs.

Une politique réaliste consistera, tout au contraire, à abaisser le tarif des taxes : c'est un facteur important pour ne pas freiner le développement de l'aviation, et nul doute que l'État se refuse à donner sur ce point satisfaction au concessionnaire.

Reste la subvention accordée annuellement par l'État en vue d'assurer l'équilibre désirable. Mais c'est une solution qui n'apparaît pas comme souhaitable, car elle n'engage pas le concessionnaire à faire des efforts pour améliorer le rendement de l'entreprise.

Il est probable que l'État préférera supporter seul la charge de l'entreprise, car il sera sûr en l'exploitant lui-même que les crédits alloués seront employés dans le seul but de favoriser les intérêts des usagers, et ceux de la navigation aérienne en général.

En conséquence, dans l'état actuel des choses, la concession d'aéroports à des sociétés privées à but lucratif n'apparaît pas comme pratiquement réalisable. Il est probable que, lorsque l'aviation aura pris un développement considérable, les conditions d'exploitation deviendront plus favorables, et que la concession sera alors un mode normal d'exploitation des aérodromes d'État.

Quoi qu'il en soit, et vraisemblablement pour les raisons que nous venons d'indiquer, l'État n'a accordé que trois concessions seulement, et non à des sociétés privées mais à des organismes semi-publics : aux Chambres de Commerce de Lyon, Bordeaux et Marseille.

Sophie Nicinski, « *Les privatisations dans la loi PACTE* », *AJDA* 2019 p. 1261 (extrait) (article reproduit avec l'autorisation des Editions Dalloz)

La forte mobilisation contre les privatisations issues de la loi PACTE, politique puis parlementaire dans un premier temps, trouve désormais un écho dans certaines institutions, comme la Cour des comptes qui, dans son rapport sur Le budget de l'État en 2018, semble critiquer le Fonds pour l'innovation et l'industrie censé recevoir les recettes de la privatisation d'ADP et de la FDJ.

Ces différentes positions nous étonnent, il faut bien l'avouer. D'abord parce que les critiques nous semblent mal ciblées. Ce n'est pas tant la privatisation d'entreprises stratégiques ou importantes qui doit susciter l'opposition (on a vu par le passé tout le secteur public bancaire, ainsi que le secteur industriel et une partie du secteur public énergétique être privatisés), que l'absence totale en France de consensus sur le juste périmètre du secteur public et l'utilité - voire l'efficacité - de la régulation de l'économie par la présence d'opérateurs publics. La question est de savoir s'il est nécessaire pour le bon fonctionnement de l'économie

que des opérateurs intervenant dans des domaines stratégiques soient des opérateurs publics, et non pas s'il faut s'opposer à la privatisation d'ADP quand on a laissé passer tant d'autres privatisations d'opérateurs bien plus fondamentaux. Par ailleurs, à force de se concentrer sur l'objet même des privatisations contestées, on finirait par en oublier le but, qui consiste à trouver des fonds importants mobilisables rapidement pour alimenter la politique économique de gouvernants éphémères, tout aussi pressés par la durée de leur mandat d'obtenir des résultats que rebutés face à la perspective de procéder à des réformes plus profondes. Et face à ces privatisations et l'enjeu inexorable d'un tarissement de la source providentielle de ressources qu'elles procurent, le seul contrôle de leur régularité au regard des critères d'un service public national ou d'un monopole de fait, qui alimentent les discussions des juristes - sans épargner l'auteur de ces lignes -, font figure de bien faible rempart.

Elles nous étonnent, ensuite, parce que le véritable enjeu nous semble se situer ailleurs. En effet, la question centrale est de savoir si, parmi toutes les formes de régulation de l'économie, celle de la propriété par la détention du capital d'opérateurs stratégiques est la plus efficace et la moins coûteuse. Or, c'est exactement la question que pose le volet privatisation de la loi PACTE, en ce qu'il constitue sans doute l'une des tentatives les plus intéressantes de substitution d'autres formes de régulation à la régulation par la participation publique dans le capital d'opérateurs. La loi PACTE s'inscrit d'abord dans l'idée que la maîtrise d'enjeux stratégiques peut se limiter à la détention des infrastructures qui sont le support nécessaire de l'activité. Ainsi, le droit de propriété d'ADP sur les infrastructures est désormais limité dans le temps, ce qui permet de conclure que l'exploitation des aéroports n'est pas privatisée mais plutôt concédée. Aussi bien pour ADP que pour la FDJ, la loi PACTE crée ensuite un arsenal de mesures de contrôle sur l'activité et l'opérateur, afin de pallier l'absence de participation au capital. Enfin, la concurrence est réintroduite puisque l'ouverture du capital sera proposée à des opérateurs candidats mis en concurrence. Pour la FDJ, les droits exclusifs ne sont maintenus que parce que les règles du droit de la concurrence et de la commande publique ne s'y opposent pas. Ainsi, le triptyque concurrence/retour des infrastructures à l'État/contrôle sur l'activité et l'opérateur est destiné à remplacer la participation publique au capital.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Aurélien ANTOINE, Mehdi LAHOUAZI, « Privatisation vs nationalisation : faut-il choisir son camp ? Réflexions à partir d'une comparaison franco-britannique de l'exploitation du transport ferroviaire de voyageurs », *AJDA* 2018 p. 1758

Joël ARNOULD, « Les contrats de concession, de privatisation et de services « in house » au regard des règles communautaires », *RFDA* 2000 p. 2

Jacqueline AUBERT, *Les aérodromes et leur régime juridique*, 1941

Jean-Bernard AUBY, Martine LOMBARD (dir.), *L'avenir des aéroports : entre décentralisation et concurrence*, actes du colloque organisé le 30 juin 2006.

René BARBERYE, Bilan et perspectives de la politique autoroutière française, *Revue du Trésor* n° 11 novembre 2000.

Jean-François BRISSON, « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », *AJDA* 2005, p. 1835

Anémone CARTIER-BRESSON, « La réforme aéroportuaire », *RFDA* 2019 p. 595.

Gérard CHARREAUX, « L'entreprise publique est-elle nécessairement moins efficace ? », *Revue Française de Gestion*, n° spécial Public-Privé, septembre-octobre 1997, p.38-56.

Cour des comptes, Communication à la commission des finances de l'Assemblée nationale sur les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, juillet 2013

Cour des comptes, Rapport sur le processus de privatisation des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice, novembre 2018

Claire LANDAIS et Frédéric LENICA, « Légalité des décrets autorisant la privatisation des autoroutes », *AJDA* 2006, p. 2056

Fabrice MELLERAY, « Déséquilibres contractuels », *AJDA* 2014, p. 1793.

Nathalie MERLEY, « La réforme du système d'administration aéroportuaire : bilan et perspectives », *RFDA* 2009 p. 1197.

Sophie NICINSKI, « Les privatisations dans la loi PACTE », *AJDA* 2019 p. 1261.

Pierre NICOLAY, *Cours de droit administratif*. Ecole nationale des ponts et chaussées, t. 4 : chemins de fer, aviation civile, 1976.

Laurent RICHER, « Remarques sur les entreprises privées de service public », *AJDA* 1997 p. 103

Gérard QUIOT, « Le Conseil d'État et la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes », *AJDA* 2006 p. 1603.

Ce document a été préparé par la section du rapport et des études, sous la direction de Jean-Yves Ollier, maître des requêtes.